Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Zehnten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1808.

Lib. IX. Tit. I.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

§. 691.

Zusammenhang dieses Buchs.

Wir haben nun die dinglichen Klagen kennen gelernt, welche aus dem Erbrechte, dem Eigenthume, und dem Rechte der Servitut entstehen. Nach der Ordnung sollte jetzt die Lehre vom Pfandrechte folgen. Allein da Pfänder gewöhnlich zur Bestärkung der Contractsverbindlichkeiten bestellt zu werden pflegen, so wird davon erst nach den Lehren von Contracten gehandelt (Lib. XX.). Die Verfasser unserer Pandecten kommen daher jetzt auf die persönlichen Klagen. Diese sind entweder Contractsklagen, oder sie gehen auf solche Forderungen, die nicht durch Contracte begründet worden sind. Zu den letztern gehören die verschiedenen Entschädigungsklagen.

§. 692.

Uebersicht der mancherley Entschädigungsklagen.

Es lassen sich, um die mancherley Entschädigungsklagen des Römischen Rechts mit einem Blick übersehen zu können, folgende Fälle unterscheiden.

Einen Schaden konnte man erlitten haben entweder von einer fremden leblosen Sache, oder von einem fremden Thiere, oder von einem freyen Menschen, oder von einem fremden Sklaven.

I. Wenn die leblose Sache eines Eigenthümers Jemanden beschädiget, so concurrirt entweder

1) eines Menschen Schuld dabey; dann hat die *actio legis Aquiliae* Statt, wovon der folgende Titel handelt; oder

2) der Schade ist ohne eines Menschen Schuld geschehen. Hier ist wieder zu unterscheiden.

a) Die Sache des Eigenthümers fällt auf die öffentliche Strasse, und beschädiget einen Vorübergehenden. Hier kann der Eigenthümer durch keine Entschädigungsklage in Anspruch genommen werden. Z. B. ein Ziegel fällt vom Dache bey einem entstehenden Sturmwinde, und verletzt einen Vorübergehenden [1]).

b) Die Sache des Eigenthümers fällt auf das Grundstück des Nachbars, und beschädiget dessen Eigenthum. Hier kann der Beschädigte eigentlich nur die auf sein Grundstück gefallene Sache retiniren, bis ihm der Schade ersetzt ist [2]). Eine Entschädigungsklage steht dem Nachbar deswegen nicht zu, ausgenommen wenn er sich entweder durch eine cautio damni infecti auf den Fall eines möglichen Einsturzes vorsahe, oder wenn es dem Beschädigten wegen Abwesenheit in öffentlichen Geschäften, oder wegen

1) *L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil.* S. Thibaut Versuche 2. Bd. S. 223. und HOMMEL Rhapsod. quaest. Vol. VI. Obs. 705.

2) *L. 6. L. 7. §. 2. D. de damno inf.*

wegen Kürze der Zeit unmöglich war, Caution zu fordern. Hier kann er doch gegen den Eigenthümer des eingestürtzten Gebäudes auf Ersatz des Schadens klagen, insofern dieser noch das Gebäude als sein Eigenthum behalten will [3]. Ein Mehreres hiervon in dem Tit. de damno infecto. Lib. XXXIX. Tit. 2.

II. Wenn ein **Thier** Schaden gethan hat [4], so ist es entweder

A) ein **wildes Thier**, und dieses befindet sich entweder

a) in dem Eigenthume eines Herrn. Hier braucht der Eigenthümer des wilden Thiers den Schaden nicht zu ersetzen, wenn er dabey ausser Schuld ist [5]. Denn vor einem wilden Thiere muß sich ein jeder hüten, daß er ihm nicht zu nahe kommt. Wer das nicht thut, ist selbst an seinem Schaden schuld [6]. Wäre hingegen der Schaden

 durch

3) *L. 9. pr. D. eodem.* S. SCHOEMANS Handbuch des Civilrechts 1. Bd. S. 192.

4) S. *Io. Clam. Aug. von dem* BUSCHE Diss. Dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. *Lipsiae 1729. Io.* THOMAE Tr. de noxa animalium. *Francof. ad Moen. 1690.* 8. *Frid. Ad. van der* MARCK Disp. de eo, quod iustum est circa pauperiem ab animalibus factam. *Lingae 1781.* 8.

5) *Pr. I. h. t.* Caeterum si genitalis sit feritas: cessat actio. — *L. 1. §. 10. D. h. t.* In bestiis autem, *propter naturalem feritatem*, haec (de pauperie) actio locum non habet.

6) *Ian. a* COSTA in Comment. ad princ. I. h. t. giebt noch den Grund an; *quia lex 12. tabb. ita a Decemviris scripta, ut de ea re nihil meminerit: cum prisca et antiqua urbis frugalitas nondum feras bestias invexisset, quae ad voluptatem spectaculorum comparabantur magis, quam ad usum et necessitatem.*

durch eine Verschuldung des Eigenthümers geschehen, z. B. er hat das Thier nicht gehörig verwahrt, oder es an einem solchen Orte gehalten, wo der Zugang von Menschen ist; so findet

1) eine Pönalklage *ex Edicto aedilitio* Statt, welche auf die Strafe des doppelten Ersatzes geht, wofern sich der Schaden taxiren läßt, oder auf eine Strafe von 200 Solidis, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist [7]). Heutzutage findet statt dieser Privatstrafe eine arbitrare öffentliche Strafe Statt [8]).

2) Eine Klage auf simple Entschädigung, nämlich die *actio de pauperie utilis* [9]).

b) Das wilde Thier hat keinen Herrn. Dann gehört es entweder

aa) zur

7) *L. 40. 41. et 42. D. de aedil. Edict.* S. *Ev.* OTTONIS lib. de tutela viarum publicarum. (*Traj. ad Rhen. 1731.*) pag. 425 — 470. *Io. Leonh.* WINTGENS Diss. de animalibus ferocibus, qua vulgo iter fit, non habendis. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. II. Nr. XIV.) und *Christ. Gottb.* HÜBNERI Observationes Edicto viario Aedilium curulium adspersae. *Lipsiae 1798.* 4.

8) Peinl. Gerichtsordnung Carls V. Art. 136. und *Can. 8. Caus. XXIII.* qu. 5. S. WINTGENS Cit. Diss Cap. VI. in. fin. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Bd. §. 1221.

9) *§. 1. I. h. t.* Praeter has aedilitias actiones et *de pauperie* locum habebit. Add. *L. 4. D. eodem.* S. HÜBNER Observat. cit. Cap. 2. pag. 10. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4015.

aa) zur Jagd, so daß man solches, wenn man nicht zur Jagd berechtiget ist, nicht erlegen darf. Hier kann gegen den Herrn der Jagd auf Schadensersatz geklagt werden. *Nam, qui occasionem praestat, damnum fecisse videtur* [10]). Die Klage ist die *actio in factum* [11]). Oder

bb) es ist eine herrnlose Sache, die Jeder occupiren kann. Hier fällt alle Klage weg, wenn das Thier auch vorher einen Herrn gehabt hätte, aus dessen custodia es durch Gewalt auf eine solche Art entwischt ist, daß sein Eigenthum daran aufgehört hat. Es haftet der vorige Eigenthümer für keinen Schaden mehr. Der Beschädigte kann sich also blos an das Thier halten, sofern er sich desselben zu bemächtigen im Stande ist [12]).

B) Ist das Thier, welches den Schaden gethan hat, ein zahmes Thier, so wurde der Schaden entweder

1) durch die Schuld eines Menschen veranlaßt, und zwar entweder

10) *L. 30. §. 3. D. ad Leg. Aquil.*

11) S. *Io. Mich.* SEUFFERT Progr. de damno per ferarum incursus in agris, pratis, vineisque dato, ab eo, cui ius venandi competit; ex iuris germanici praescriptis resarciendo. *Wirceburgi 1788.* 8. und Runde Grundsätze des allgemeinen teutschen Privatrechts §. 160.

12) *L. 1. §. 10. D. h. t.* Si ursus fugit, et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri: quia desinit dominus esse, ubi fera evasit, et ideo, et si eum occidi, meum corpus est.

a) des Beschädigten selbst. Hier kann von keinem Ersatz die Rede seyn. *Nam damnum, quod sua quisque culpa sentit, sentire non intelligitur* [13]). Oder

b) des Eigenthümers des Thieres. Dann ist dieser unbedingt zum Schadensersatz verbunden [14]). Die Klage ist hier die *actio Legis Aquiliae*. Oder endlich

c) eines Dritten. Dieser hat das Thier gereizt, den Hund gehetzt, oder das Pferd geschlagen, oder verwundet, daß es vor Schmerz ausschlug, und Jemanden verletzte. Dann haftet dieser zunächst mit der *actione Legis Aquiliae*, oder *actione in factum* für den Schaden [15]). Wäre aber von diesem keine Entschädigung zu erhalten, so kann auch der Eigenthümer subsidiarisch mit der *actio de pauperie* in Anspruch genommen werden [16]). Zuweilen finden noch andere Klagen Statt; z. B. *actio de recepto* [17]). Man setze folgenden Fall. Ich führe mein Pferd in einen Gasthof, und übergebe es dem Wirth. Dieser führt es in einen Stall zu andern Pferden, begeht aber die Unvorsichtigkeit, daß er keinen Baum zwischen mein Pferd und die andern legt. Daher wird mein Pferd von einem andern geschlagen. Hier klage ich gegen den Wirth mit der *actio in factum de recepto*.

Ist

13) *L. 203. D. de Reg. iur. L. 2. §. 1. D. h. t.*

14) *L. 52. §. 2. D. ad L. Aquil.*

15) *L. 1. §. 4. 5. 6. et 7. D. h. t.*

16) S. *Mich. God.* WERNHER lectissim. Commentat. in Pandect. Tom. I. h. t. §. 5. und THIBAUT Syst. des Pandect. Rechts 2 Bd. §. 979.

17) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 5. Bd. §. 1222. S. 85.

Ist der Schade durch Abweiden oder Wegfressen geschehen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

aa) Das Hintreiben des Viehes zur Weide geschahe absichtlich; und dann hat entweder

α) der Eigenthümer sein Vieh auf ein fremdes Grundstück zur Weide getrieben, in der Absicht zu schaden. Hier hat *actio de pastu pecoris* Statt. Oder er hat

β) das Vieh auf sein Grundstück hingetrieben, um daselbst befindliche fremde Sachen wegzufressen. Hier hat *actio in factum* Statt.

Beyde Klagen sind gegründet in der *L.* 14. §. 3. *D. de praescriptis verb. et in fact. actionib.* wo **Ulpian** sagt: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego, *immisso pecore*, depascam, *Aristo* scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possis [18]). Nam neque ex Lege duodecim Tabularum *de pastu pecoris*, quia non *in tuo* pascitur; neque de pauperie, neque damni iniuriae [19]) agi posse: *in factum* itaque erit agendum.

Es ist hieraus klar, daß beyde Klagen absichtliche Beschädigung durch Hintreiben des Viehes zur Weide vor-

18) Die Florentine lieset *possim*. Dafür hat unser *Cod. Pand. Erlang. membr.* richtiger *possis*. Eben so lieset auch BAUDOZA CESTIUS.

19) Diese Leseart, welche unser Erlanger Codex, auch Haloander und Hugo a Porta (edit. *Lugdun.* 1572. f.) haben, ist der Florentinischen: *de damni iniuriae* unstreitig vorzuziehen, wie auch Brenkmann in dem Gebauerschen Corp. iuris bemerkt hat.

aussetzen. Das Fragment in dem Gesetz der zwölf Tafeln, worauf sich **Ulpian** bezieht, ist zwar mangelhaft, es lautet so: *Quei. Pecu. Endo. Alieno. Impescit* 20), d. h. wer sein Vieh auf eines Andern Grundstück zur Weide treibt. Indessen dient es doch immer zum Beweise, daß die *actio de pastu pecoris* absichtliche Beschädigung durch Abweiden fremder Felder zu ihrer Begründung erfordere 21). Nach **Pomponius**, dessen Meinung auch **Ulpian** *L. 9. §. 1. D. ad exhib.* billiget, findet jedoch in dem Falle, da wegen des Abweidens die *actio in factum* gegeben ist, auch die *actio ad exhibendum* Statt. Glans ex arbore tua, sagt **Ulpian**, in fundum meum incidit, eam

20) Siehe Tab. VII. de delictis in *Iac.* GOTHOFREDI Fontib. quatuor iuris civ. (bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* T. III.) und GOTHOFREDUS Lib. III. Probation. ad Tab. 7. cit.

21) Daß Ulpian in dem *Lib. XLI. ad Sabinum*, woraus *L. 14. §. 3. cit.* genommen ist, fast durchaus nur von wirklichen Vergehungen gehandelt habe, erhellet aus den übrigen daraus entlehnten, und in den Pandecten befindlichen Fragmenten. *L. 57. D. de iudic. L. 41. D. ad L. Aquil. L. 35. de nox. act. L. 4. de condict. furt. L. 1. de privat. delict. L. 3. L. 5. L. 7. 23. 25. 27. 29. 31. 33. 36. 39. 41. 43. 45. D. de furt.* S. *Iac.* GOTHOFREDUS in IV. Fontib. iuris civ. Lib. V. ad Tab. VII. Verb. *Si quadrupes pauperiem.* (bey OTTO in *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 175.) Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. 2. B. Abh. 8. S. 225. folg. Vorzüglich auch die Jenaische allgem. Litterat. Zeitung v. J. 1807. Nr. 28. S. 222. Anderer Meinung sind jedoch *Ant.* SCHULTING in Jurisprud. Antejustin. ad PAULI Sentent. *Recept.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. Not. 4. pag. 253. HUFELAND im Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 599. Not. 1. S. 248. und SCHOEMAN im Handb. des Civilrechts I. B. S. 201.

eam ego immisso pecore depasco, qua actione possum teneri? *Pomponius* scribit, competere actionem ad exhibendum, *si dolo pecus immisi*, ut glandem comederet. Wo also die Absicht zu schaden wegfällt, und

bb) das Weiden des Viehes auf fremden Grundstücken durch eine bloße Culpa des Andern geschahe, da findet nur die gewöhnliche *actio Legis Aquiliae* Statt. Hierher gehört die *L. 6. Cod. de Lege Aquil.* wo die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** rescribiren: De his, quae *per iniuriam depasta* contendis, *ex sententia Legis Aquiliae* agere minime prohiberis.

2) Hat ein zahmes Thier Schaden angerichtet, ohne daß die Schuld eines Menschen dabey concurrirt; so hat es entweder

a) *contra naturam sui generis* geschadet; d. h. es hat ein zahmes Thier ungereizt, in einem Ausbruche von Wildheit, die sonst dem gewöhnlichen Betragen und Naturtriebe dieser Thiergattung nicht gemäß ist, Schaden angerichtet; z. B. ein Pferd hat von freyen Stücken ausgeschlagen, oder ein Ochs gestoßen, oder ein Hund Jemanden angefallen. Ein solcher Schade wird im eigentlichen Sinn *pauperies* [22]) genennt, die Klage selbst aber, welche der Beschä-

22) *L. 1. §. 3. D. h. t.* *Pauperies* est damnum, sine iniuria facientis datum: nec enim potest animal iniuria fecisse (oder wie *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diss. X. ad Lib. IX. §. 1. durch Gemination lesen will: *iniuria affecisse*) quod sensu caret; und in *L. 1. §. 7. h. t.* heißt es: Et generaliter haec actio (sc. *de pauperie*) locum habet, quotiens *contra naturam* fera

Beschädigte gegen den Eigenthümer des Thieres anstellen kann, ist die *actio de pauperie* [23]).

b) Das

fera mota *pauperiem* dedit. S. DIDEMANN Obss. ad doctrinam de damno et pauperie. *Lipsiae 1804.* Auf eine andere Art erklärt *Franc.* SCHOEMAN im Handbuch des Civilrechts 1. Band S. 197. ff. die Ausdrücke *contra naturam* und *secundum naturam.* Er will sie nicht auf das Thier, sondern auf den Act der Beschädigung beziehen, und blos darin ein Unterscheidungsmerkmal der *actio de pauperie* von der *actione de pastu* finden. Er sagt nämlich: das thierische äußere Wirken ist entweder seiner Natur nach von der Art, daß es schlechterdings das bürgerliche Eigenthum beeinträchtigen muß, oder nicht. Von jener Art ist das Weiden und Abfressen. Dies ist ein unzertrennlich mit Schadenzufügung verknüpftes Wirken der thierischen Natur. Also ein *damnum secundum naturam datum.* Dafür entschädigten die Zwölftafelgesetze nach Ulpians Zeugniß den Verletzten vermittelst der *actio de pastu.* Alle andern Ausbrüche des thierischen Triebes sind nicht absolut, sondern nur zufällig beschädigend, d. h. sie können Schaden verursachen, aber unzertrennlich sind sie damit nicht verbunden. Der Schade liegt also nicht in ihrer Natur; geschieht *contra naturam,* und wird vermittelst der *actio de pauperie* vindicirt. Allein so sinnreich auch diese Erklärung ist, so wenig scheint sie doch der Ansicht der Gesetze gemäß zu seyn. Auch abgesehen davon, daß eine solche Construction schon an sich etwas gezwungenes hat, so streiten auch die angeführten Gesetze dagegen. Denn die *L. 1. §. 7. h. t.* sagt nicht fera pauperiem contra naturam fecit, sondern *contra naturam mota* pauperiem fecit; und nach *L. 1. §. 10. D. eod.* soll keine Klage Statt haben, wenn ein Thier aus natürlicher Wildheit geschadet hat, ohne daß ein Versehen des Eigenthümers dabey vorgegangen ist. Daß der gesetzliche Ausdruck *contra naturam* auf das Thier gehet, welches den Schaden anrichtet, und nicht auf den Act der Beschädigung, beweißt noch insonderheit eine Stelle aus der griechischen Paraphrase

des

b) Das Thier hat *secundum naturam sui generis* geschadet, indem es seinem Naturtriebe folgte. Hier lassen sich wieder folgende Fälle gedenken.

1) Das

des Theophilus über die Institutionen Lib. IV. Tit. 9. princ. wo es heißt: Χώρα δέ ἐςι τῷ νοξαλίῳ δυωδεκαδέλτῳ ἐπὶ ἐκείνων τῶν ζώων, ἅ τινα παρὰ φύσιν αγριούμενα ἕτερον βλάπτεσιν. εἰ γὰρ ἔμφυτος αὐτοῖς ἐςιν ἡ ἀγριότης, ἀργεῖ ὁ δυωδεκάδελτος. i. e. *Locus autem est noxali ex XII. Tabb. in iis animalibus, quae praeter naturam efferata alium laedunt: nam si naturalis illis inest feritas, cessat Lex XII. Tab.* so nach der Reitzischen Version Tom. II. pag. 859. Man sehe auch noch VOET in Comm. h. t. §. 4.

23) Die Klage stammt aus den Zwölftafelgesetzen her. Denn in der Tab. VII. heißt es nach GOTHOFREDUS in Fontib. IV. iur. civ. *Si quadrupes pauperiem faxit, dominus noxae aestimiam offerto: Si nolet, quod noxit, dato.* Nach einer Stelle in PAULI *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. soll das nämliche, insonderheit wegen der Hunde, auch durch eine *Lex Pesulania* verordnet seyn. Allein was dies für ein Gesetz sey, läßt sich nicht ausfindig machen. Viele halten die Leseart für unrichtig, und lesen mit Cujaz und Augustin *Lege Solonia*, weil Solon nach Plutarch und Plato ein gleiches verordnet haben soll. Allein dagegen hat *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. pag. 253. not. 8. sehr gründlich erinnert, daß schwerlich zu glauben sey, daß Paulus in einem Buche, welches die Hauptgrundsätze des bestehenden Rechts in der Kürze darstellen sollte, sich werde auf das Gesetz eines griechischen Gesetzgebers berufen haben. *Io.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. will daher lieber *Colonia* lesen. Es ist freylich glaublicher, daß vielleicht durch ein Municipalgesetz die Verordnung wegen der Hunde, deren Paulus gedenkt, gemacht worden sey, wie auch HÜBNER in Obss. ad Edictum viarium Aedil. curul. cap. 3. pag. 18. dafür hält. Man sehe übrigens noch BOU-

CHAUD

1) Das Thier wurde von einem andern Thiere gereizt oder angefallen, und beschädigte auf diese Art einen Dritten. Hier findet gegen den Eigenthümer desjenigen Thiers, durch welches das andere, welches den Schaden gethan hat, gereizt wurde, nicht gegen den Eigenthümer des letztern die *actio de pauperie* Statt [24]). Hat ein Thier das andere angegriffen, und in diesem Kampfe eins das andere getödet,

CHAUD Commentair sur la Loi des douze Tables p. 178. und *I. M.* MARTINI Diss. de indole actionum de pauperie et de pastu. *Rostochii 1794.*

24) *L. 1. §. 8. D. h. t.* Et, si alia quadrupes aliam concitavit, ut damnum daret, eius, *quae concitavit*, nomine agendum erit. Hat ein Thier zwar dem andern die Veranlassung gegeben, durch Wildheit zu schaden, jedoch ohne Concitation, so muß gegen den Herrn desjenigen Thiers geklagt werden, welches den Schaden gethan hat. Ein Beyspiel giebt Alfenus *L. ult. D. h. t.* Agaso cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit, mula calcem reiecit, et crus Agasoni fregit. Consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset? Respondi, posse. Man sehe über diese Stelle *Car. Christph.* HOFACKER Diss. ad Fragmenta, quae ex *Alfeni Vari* libris XL. Digestorum supersunt. (*Tubingae 1775.* 4.) pag. 20. wo die sehr richtige Bemerkung gemacht wird: *Sine dubio* ALFENUS *sensit, ad damnum dandum animal non concitare, nisi tale quid faciat, quod non possit non alterius iram movere; cuius generis id non sit, si equus mulam olfaciat, cum coitum appetere naturale sit in animalibus.* Fast eben so dachte auch der griechische Scholiast ad Basilικῶν Libr. LX. Tit. 2. Const. ult. nach Fabrot Tom. VII. pag. 41. wo er dem Einwurfe aus *L. 5. §. 8. h. t.* so begegnet: ἀλλα τὸ ὀσφρανθῆναι οὐκ ἔςιν ἐρεθισαι. κατὰ φύσιν γάρ ἕπεται τοῖς ζώοις. i. e. *Sed olfacere non est* *concitare: hoc enim est naturale in animalibus.*

getödet, so kann der Eigenthümer des letztern den Eigenthümer des erstern mit der *actio de pauperie* nur dann belangen, wenn das getödete Thier der angegriffene, nicht aber, wenn es der angreifende Theil gewesen war [25]). Läßt sich nicht erweißlich machen, welches Thier das andere ange-

25) *L. 1. §. 11. D. h. t.* Cum arietes vel boves commisissent, et alter alterum occidit, *Quintus Mucius* distinxit, ut siquidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio: si is, qui non provocaverat, competeret actio. Quamobrem eum sibi aut noxam sarcire, aut in noxam dedere oportere. Man erklärt sich den Grund dieser Entscheidung gewöhnlich so, daß der Trieb sich zu vertheidigen von der Natur auch den Thieren eingepflanzt, und nach den Begriffen der Stoiker für ein natürliches Recht gehalten worden sey. Man habe also hier gleichsam einen Schatten von einem auch unter Thieren statt habenden Rechte der Nothwehr. Der Eigenthümer des angreifenden Thiers, glaubt man daher, müsse darum haften, weil das Thier nach den Grundsätzen der Stoiker in diesem Falle die Gränzen des natürlichen Rechts überschritten habe, hingegen hafte der Herr des angegriffenen Thiers darum nicht, weil sich das Thier des Rechts der Nothwehr bedient, und also secundum naturam gehandelt habe. S. GROTIUS de iure B. et P. Lib. I. Cap. 2. §. 3. nr. 2. VOET in Comm. h. t. §. 5. HUBER Praelect. ad Instit. Lib. IV. Tit. 9. §. 1. und HOMMEL in Opusc. iur. P. I. pag. 93—95. Allein andere erklären sich die Verbindlichkeit des Eigenthümers des angreifenden Thiers natürlicher daraus, daß jener nicht außer Schuld sey, wenn er die Unart seines Thiers kannte, und es nicht unschädlich zu machen suchte. S. WINTGENS oben angef. Dissertat. de animalibus ferocibus Cap. VI. (in OELRICHS *Thes. Dissert.* Belgicar. Vol. I. Tom. II. pag. 176.) und HÜBNER in Obss. ad Edictum viarium. Cap. 2. pag. 12. et 13.

angegriffen habe, so fällt nach dem Römischen Rechte die Klage weg [26]).

2) Das Thier hat ungereizt durch einen zufälligen, bey dieser Thierart nicht ungewöhnlichen, Umstand geschadet. Z. E. ein Pferd stolpert oder stürzt auf einem bergabgehenden Wege, und beschädiget Jemanden oder eines Andern Sache im Fallen. Hier findet gar keine Klage statt. Quodsi neque mulae neque homines in causa essent, sagt ganz entscheidend Alfenus *L.* 52. § 2. *D. ad Leg. Aquil.* sed mulae retinere onus nequissent, aut, cum conniterentur, *lapsae concidissent*, et ideo plostrum cessim redisset, atque hi, quo conversum fuisset, onus sustinere nequissent: *neque cum domino mularum, neque cum hominibus esse actionem* [27]).

3) Das Thier hat durch Abweiden oder Wegfressen, oder durch irgend eine andere Handlung, seinem Naturtriebe gemäß, ohne eines Menschen Schuld geschadet. Hier ist es streitig, ob eine Klage, und welche eigentlich Statt finde. Viele [28]) sagen, wenn der Schade durch Abweiden

26) Arg. *L.* 45. §. 3. *D. ad Leg. Aquil.* S. VOET Comment. h. t. §. 5.

27) S. HOFACKER Diss. ad Fragmenta Alfeni Vari. pag. 31.

28) VOET h. t. §. 1. WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disputat. XXII. Th. 3. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 9. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 7. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4013. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 446. Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1170. SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 197. ff. u. a. m.

Abweiden oder Wegfressen geschehen ist, so habe *actio de pastu* Statt, wäre er aber auf andere Weise geschehen, so müsse der Beschädigte den Eigenthümer des Thiers durch die *actio in factum*, oder *actio de pauperie utilis* in Anspruch nehmen. Allein in den Gesetzen ist diese Meinung nicht gegründet. Denn die *L.* 14. §. 3. *D. de praescr. verb.* redet, wie bereits oben gezeigt worden ist, von absichtlicher Beschädigung durch Hintreiben des Viehes zur Weide. Es läßt sich auch hier, wo von einer an sich nicht verschuldeten, mithin von der Regel des Rechts im Ganzen abweichenden Verantwortlichkeit die Rede ist, eine analogische Schlußfolge nicht wohl rechtfertigen. Vielmehr streitet die ganze Analogie des Rechts entgegen, wie **Thibaut** [29]), dem auch **Weber** [30]) beystimmt, sehr einleuchtend gezeigt hat. Ohne Schuld eines Menschen läßt sich nur dann eine Klage annehmen, wenn das Thier in einem Ausbruche von Wildheit, feritate contra naturam mota, der Aufsicht entwich, und sich zu der Beschädigung in Stand setzte. Alsdann wäre aber die Klage keine andere, als die *actio de pauperie*, wenn gleich der Schaden durch Abweiden geschehen wäre. Denn daß unter diesen Umständen sich auch das Abweiden zu einer pauperies qualificire, erhellet ganz klar aus einer Stelle des **Paulus** [31]), welcher sagt: Si qua-

29) Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band 8. Abth. S. 209. ff.

30) Zu Höpfners Commentar §. 1170. Not. *) S. 1119. folg.

31) *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 15. §. 1. bey SCHULTING in *Iurisprud. Antejust.* pag. 252. Man vergl. auch *Io. Clam. Aug.* von dem Busche Diss. dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. Cap. II. §. 34. not. t. pag. 38.

quadrupes pauperiem fecerit, damnumve dederit, *quidve depasta sit*, in dominum actio datur, ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupede cedat.

III. Wenn der Schaden von einem **freyen** Menschen und zwar dadurch geschieht, daß er durch eine positive rechtswidrige Handlung eine fremde körperliche Sache verletzt oder vernichtet, so wird ein solcher Schade *damnum iniuria datum* genennt, und gegen den Thäter die *actio legis Aquiliae* angestellt. Endlich

IV. wenn der Schade von einem fremden Sklaven durch eine Handlung geschahe, wegen deren er selbst als freyer Mensch hätte belangt werden können, so hieß ein solcher Schaden *noxa* oder auch *noxia*, und die Klage, welche aus der rechtswidrigen Handlung eines solchen Sklaven gegen den Herrn desselben angestellt wurde, *actio noxalis*. Es ist jedoch zu bemerken, daß auch von Thieren, welche Schaden angerichtet haben, die Ausdrücke *noxa* und *noxia* gebraucht werden, welche überhaupt in verschiedenen Bedeutungen vorkommen[32]). *Noxa* s. *noxia* heißt nämlich 1) der Schade selbst, z. B. *noxam dare*, *noxam sarcire*[33]). 2) Die Handlung, wodurch der Schade geschehen ist. So sagt **Ulpian**[34]): animal, quod nocuit, id est, id animal, *quod noxiam commisit*. NOXIA autem est ipsum delictum[35]). In dieser Bedeutung wird die Redensart *noxiam committere* nicht nur von Sklaven, sondern auch von

32) S. BRISSONIUS de Verbor. Significat. v. *Noxa*.

33) *L. 1. §. 11. h. t.*

34) *L. 1. pr. et §. 1. h. t.*

35) *§. 1. I. de noxal. act. L. 238. §. ult. D. de Verb. Signif.*

von freyen Menschen gebraucht [36]). 3) Das *Corpus*, welches den Schaden angerichtet hat [37]), z. E. *noxae deditio*, welches Cajus [39]) erklärt durch deditio ipsius corporis, quod deliquerit. In dieser Bedeutung kommt auch der Ausdruck *noxam dedere* in den Gesetzen vor [40]). 4) Ersatz des Schadens in der Redensart *noxae dare* f. *in noxam dedere animal* seu *servum* [41]), d. h. den Sklaven oder das Thier, anstatt des Schadensersatzes, dem Beschädigten überlassen, wie Ulpian [42]) diese Redensart erklärt. Endlich 5) die Noxalklage. Hieraus erklärt sich der Rechtssatz: *noxa caput sequitur* [43]), welcher an andern Orten auch so ausgedruckt wird: *actio noxalis caput sequitur*,

36) *§. 5. I. de nox. act.*

37) *§. 1. I. de noxal. act. Franc.* HOTOMANNUS in Comm. ad Institut. pag. 482. *Laur.* VALLA de elegant. Ling. Lat. Lib. VI. cap. 36. und SALMASIUS de modo usurar. cap. 19. pag. 889. verwerfen zwar diese Bedeutung schlechterdings, und tadeln deswegen den Kr. Justinian oder seinen Tribonian mit vieler Bitterkeit. Allein in *Car. And.* DUCKERI Opusc. var. de Latinitate ICtor veter. pag. 10. et 13. findet sich eine hinlängliche Vertheidigung derselben. Man sehe auch *Ev.* OTTONIS Commentar. et not. critic. ad Iustin. Institut. Lib. IV. cap. 8. §. 1.

38) *L. 1. D. Si ex nox. causa agat. L. 10. L. 27. §. ult. D. de noxal. act.*

39) *L. 1. D. de nox. act.*

40) *L. 1. pr. D. de his, qui effud. vel dejec.*

41) *Pr. I. de noxal. act.*

42) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

43) *L. 41. D. de furt. L. 1. §. 12. D. h. t. L. 4. D. Si ex noxali caus. L. 1. §. 18. D. Depositi.*

tur [44]), d. h. die Noxalklage kann gegen jeden, der zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer des Thiers oder Sklavens ist, angestellt werden [45]). Eben diese Bedeutung liegt zum Grunde, wenn die Gesetze sagen: *servum noxa solutum promittere* [46]), welches soviel heißt, als *servum noxali iudicio subiectum non esse* [47]). Aus diesem allen erklärt sich nun auch, warum die actio de pauperie eine Noxalklage in den Gesetzen genennt wird [48]).

§. 693.

Unterschied zwischen der actio de pauperie und den übrigen wegen eines von fremden Thieren verursachten Schadens zustehenden Klagen.

Wir haben nun hier zuvörderst von den Klagen zu handeln, die wegen eines von fremden Thieren verursachten Schadens Statt finden. Alle diese Klagen kommen zwar darin überein, daß sie auf Schadensersatz gehen. Allein die *actio de pauperie* hat das Unterscheidende, daß der Beklagte sich von dieser Verbindlichkeit dadurch loßmachen kann, daß er das Thier dem Beschädigten anstatt des Schadens-

44) §. 5. *I. de noxal. actionib. L. 20. D. eodem. L. 61. D. de furt.*

45) *L. 1. §. 12. D. h. t.* Caput wird also hier für jede freye Person genommen, welche zur Zeit der angestellten Noxalklage Eigenthümer des Gegenstandes derselben ist. S. BRISSONIUS de Verb. Signif. v. *Caput* nr. 3.

46) *L. ult. D. de rer. permut. L. 72. §. 5. D. de solut. L. 45. §. 1. D. de legat. I. L. 3. D. Si famil. furt. fecisse dic. L. 11. §. ult. D. de eviction. L. 147. D. de Verb. Signif.*

47) *L. 17. §. 17. D. de aedilit. Edicto.*

48) *Pr. I. h. t. L. 1. §. 14. D. h. t.*

Schadensersatzes überläßt[49]). Diese Wahl steht bey keiner der übrigen Klagen dem Beklagten zu, selbst nicht bey der actio de pastu; obwohl viele[50]) aus unrichtiger Vorstellung von dieser Klage, das Gegentheil behaupten.

§. 694.

Grund der Verantwortlichkeit des Eigenthümers bey der actio de pauperie, und der ihm nachgelassenen noxae deditio.

Daß die Verbindlichkeit zur Vergütung des Schadens, welchen ein unvernünftiges Thier angerichtet hat, für eine unmittelbare zu halten sey, darüber sind jetzt die Rechtsgelehrten[51]) ziemlich einverstanden. Denn die Handlung des unvernünftigen Thiers kann an sich den Grund der Verbindlichkeit unmöglich enthalten, weil nur freye Handlungen als obligatorisch angesehen werden können, und durch die Schuld eines Menschen darf auch der Schade nicht veranlaßt worden seyn, weil sonst die actio Legis Aquiliae, oder sonst eine der oben angegebenen Klagen anzustellen ist. Warum nun aber die Gesetze den Eigen-

49) *Pr. I. h. t.* Animalium nomine, quae ratione carent, si qua lascivia, aut fervore, aut feritate pauperiem fecerint: noxalis actio Lege XII. Tabularum prodita est. *Quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem*: quia ita Lex XII. Tabularum scripta est; utputa si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus, cornu petierit.

50) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 1. in fin. STRUV Syntagm. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 3. SCHOEMAN Handb. des Civilrechts 1. B. S. 199. u. 200.

51) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 34. und SEIDENSTICKERS Entwurf eines Systems des Pandectenrechts S. 64. et 65.

genthümer für den von seinem Thiere verursachten Schaden verantwortlich machen, ist eine Frage, die von den Rechtsgelehrten nicht auf gleiche Art beantwortet wird. Einige[52]) erklären sich den Grund dieser Verordnung so, weil es die Römischen Gesetzgeber für billig gehalten hätten, daß der Eigenthümer, welcher den Nutzen von dem Thiere zieht, auch die Beschwerlichkeiten übernehmen müsse, folglich auch den Schaden zu ersetzen schuldig sey, den es thut. Allein dagegen ist nun freylich einzuwenden, daß sich aus jenem Grundsatz nicht füglich erklären lasse, , warum nur gerade das damnum contra naturam datum ersetzt werden solle. Andere[53]) haben daher zu den Grundsätzen der stoischen Philosophie ihre Zuflucht genommen. Sie sagen, die Römer hätten nach den Grundsätzen der Stoiker das nur für Unrecht gehalten, was der Natur zuwider ist. Daher hieß *iuste agere* bey ihnen soviel, als *naturae convenienter agere*. Ein Thier habe also Unrecht gethan, wenn es wider seine Natur gehandelt hatte. Quemadmodum enim in homine, sagt Pothier, iniuria est id, quod contra praecepta rationis, qua regi debet, fit; ita in bellua, quae instinctu regitur, iniuriam imitatur damnum, quod contra instinctum suae mansuetae naturae dedit. Allein es läßt sich schwerlich glauben, daß die Verfasser der zwölf Tafelgesetze, welche die actio de pauperie einge-

52) HÜBNER Observatt. Edicto viario Aedilium curul. adspersae. Cap. II. pag. 11. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1169.

53) POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. not. b. HOMMEL Opusc. iuris univ. Tom. I. pag. 93 — 95. Schmidt Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 5. Band. §. 1222. Nr. 3.

eingeführt haben, aus stoischen Grundsätzen raisonnirt haben sollten [54]). Noch andere [55]) stellen den Grundsatz auf: die Philosophie des Rechts mache den Bürger unbedingt zur Entschädigung verhaftet, wenn er oder sein Eigenthum, gleichviel es sey lebendes oder lebloses Eigenthum, die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers sind, um den Zustand der Rechtsgleichheit zu erhalten. Allein daß sich eine solche unbedingte Verantwortlichkeit des Eigenthümers, dessen Sache geschadet hat, nach den Gesetzen keinesweges annehmen läßt, beweisen die oben (§. 692.) angeführten Distinctionen. Am richtigsten erklärt man den Grund der gesetzlichen Verordnung so. Wer ein Thier besitzt, welches contra naturam zu schaden pflegt, sollte es abschaffen, oder verwahren, weil Niemand bey einem Rencontre auf dergleichen vorbereitet ist. Thut er es nicht, so ist er im Zweifel in culpa. So kann der

 rohe

54) **Ulpian** giebt uns wenigstens keine Veranlassung ein solches Raisonnement anzunehmen, wenn er *L. 1. pr. et §. 1. D. h. t.* sagt: Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, actio ex Lege duodecim Tabularum descendit: quae Lex voluit, *aut dari id, quod nocuit, id est, id animal, quod noxiam commisit; aut aestimationem noxae offerre.* Noxia autem est ipsum delictum. Das Wort *delictum* wird hier zwar vom Viehe gebraucht. Allein es soll ja offenbar nichts anders heißen, als eine schädliche Handlung. In dieser Bedeutung wird auch das Wort *delinquere* genommen, daß es soviel heißt, als Schaden anrichten. Es wird daher selbst von zufälligen Handlungen gebraucht, wie aus *L. 11. §. 2. D. de poenis* erhellet. Man sehe *Ios.* FINESTRES in Hermogeniani Iuris Epitomar. Libros VI. Commentar. Tom. I. Exercit. I. ad *L. 5. D. de Iust. et Iure. §. 16. pag. 42.*

55) S. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts. I. B. S. 186. nr. I. sqq.

rohe Verstand zu den Zeiten der 12 Tafeln sehr gut raisonnirt haben, und hat es auch wirklich gethan, weil das dringende Bedürfniß, und das uncultivirte Billigkeitsgefühl schon von selbst darauf führen [56]). Dieser wahrscheinliche Grund paßte nun aber freylich nicht auf das damnum secundum naturam datum. Daher fiel auch hier die Klage weg.

Warum aber der Eigenthümer des Thiers sich durch die noxae deditio von der Verbindlichkeit zur Entschädigung loßmachen kann, hat darin seinen Grund, daß jeder Eigenthümer seine Sache derelinquiren kann, wenn sie ihm mehr Schaden, als Nutzen bringt. Man hielt es daher für unbillig, dem Eigenthümer diese Befugniß zu versagen, und ihn zu mehr, als dem Werth des schädlichen Thiers, zu verpflichten [57]).

§. 695.

Begriff und Natur der actio de pauperie.

Die actio de pauperie steht nun demjenigen zu, der durch eines Andern Thier einen Schaden auf eine dieser Thiergattung sonst nicht gewöhnliche Art erlitten hat. Ob er diesen Schaden an sich selbst, durch Verletzung seines Körpers [58]), oder an seinem Eigenthume, oder an einer solchen Sache erlitten hat, deren Eigenthümer er zwar nicht ist, wobey er aber doch sonst ein Interesse hat, daß sie

56) S. Thibaut Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 2. Band. 8. Abh. S. 221. ff.

57) HÜBNER Obss. cit. ad Edictum viar. Aedil. curul. Cap. II. pag. 11. und Höpfner im Commentar §. 1169.

58) *L. 3. D. h. t.*

sie nicht beschädiget werde, weil er dafür haften muß, ist gleichviel [59]). Sie steht also nicht nur dem Eigenthümer der beschädigten Sache zu, sondern auch demjenigen, welchem die Sache von dem Eigenthümer geliehen, oder vermiethet worden ist; ingleichen dessen Erben und übrigen Nachfolgern [60]). Als Schadloshaltungsklage ist sie zwar an sich persönlich, sie kann aber doch gegen jeden Besitzer des Thiers, welcher zur Zeit der erhobenen Klage Eigenthümer desselben ist, angestellet werden, wenn er es auch zur Zeit des angerichteten Schadens noch nicht war [61]). Sie ist daher eine actio in rem scripta nach dem Princip *noxa caput sequitur.* (S. 285.) Gehört das Thier jetzt Mehreren zu, so kann gegen einen jeden in solidum geklagt werden [62]). Ist jedoch von einem der Ersatz vollkommen geleistet, so sind die übrigen von allem weitern Anspruche frey [63]). Es kann auch derjenige belangt werden, welcher sich arglistig für den Herrn des Thiers ausgegeben, (qui liti se obtulit) oder solches aus Gefährde, um die Klage zu vereiteln, zu besitzen aufgehört hat [64]). Denn die Regel: *Qui dolo possidere desiit, pro possessore habendus est* [65]),

 findet

59) L. 2. *pr.* D. *eodem.*

60) L. 1. §. *ult.* D. *h. t.*

61) L. 1. §. 12. *D. h. t.*

62) L. 1. §. 14. D. *h. t.*

63) VOET in Comm. h. t. §. 7. Dem Zahlenden bleibt jedoch der Regreß gegen die übrigen Miteigenthümer unbenommen. STRUV Syntagm. iur. civ. Exerc. XIV. Thes. 11.

64) L. 7. *D. de interrogat. in iure faciend.* VOET c. l.

65) *L. 131. D. de Reg. iur.*

findet auch vorzüglich bey Noxalklagen Statt [66]). In diesem Falle hat jedoch der Beschädigte die Wahl, ob er den vorigen Eigenthümer, der noch jetzt als fictus possessor haftet, oder den neuen Eigenthümer in Anspruch nehmen will [67]). Es versteht sich jedoch, daß der fictus possessor blos zum Schadensersatz verurtheilt werden kann, weil unter diesen Umständen die noxae deditio wegfällt [68]). Haben Mehrere das Thier besessen, und solches arglistig zu besitzen aufgehört, so hat auch hier der Kläger die Wahl, wen er von denselben allein belangen will; jedoch befreyet die Bezahlung des einen die übrigen [69]).

Das Gesuch dieser Klage ist allein auf Entschädigung des Klägers, nicht aber auf Abtretung des Thiers zu richten. Letztere ist nur ein Mittel für den Beklagten, wodurch er den Schadensersatz von sich abwenden kann, welches denn also auch seiner freyen Wahl überlassen werden muß [70]).

Viele,

66) *L. 12. L. 21. pr. L. 22. §. ult. L. 24. L. 26. §. 1. L. 39. pr. D. de nox. act.*

67) *L. 24. L. 25. et L. 26. pr. D. de noxal. act.* VOET h. t. §. 7.

68) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen, 5 Th. §. 1224.

69) *L. 26. §. 1. D. de noxal. act.*

70) BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. XI. §. 27. *Petr. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Dissertat. XII. §. 15. pag. 341. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. Schmidt in dem angef. Commentar 5. Th. §. 1225. HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4014. nr. IV. Höpfner im Commentar über die Institut. §. 1169. Not. 1. u. THIBAUT im Syst. des Pandectenrechts 2. B. §. 979.

Viele [71]), denen auch Hellfeld beystimmt, meinen zwar, das Gesuch sey alternativisch einzurichten, nämlich zu erkennen, daß Beklagter dem Kläger entweder den ihm von seinem Thiere angerichteten Schaden zu ersetzen, oder das Thier, anstatt des Schadensersatzes, zu überlassen schuldig sey. Allein dies ist nicht gesetzmäßig. Zwar sagt Ulpian *L.* 1. §. 11. *D. h. t.* reum actori aut noxam sarcire, aut animal in noxam dedere oportere Allein eben dieser Ulpian hat sich auch an einem andern Orte deutlich genug darüber erklärt, wie das zu verstehen sey. Er sagt nämlich *L.* 6. §. 1. *D. de re iudicata.* Decem, aut *noxae dedere* condemnatus, iudicati in decem tenetur: *facultatem enim noxae dedendae ex Lege accipit.* At is, qui stipulatus est, decem aut noxae dedere, non potest decem petere: quia in stipulatione singula per se veniunt, eaque singula separatim stipulari possumus. At iudicium solius noxae deditionis nullum est, *sed pecuniariam condemnationem sequitur*, et ideo iudicati decem agitur. His enim solis condemnatur. *Noxae deditio in solutione est, quae e Lege tribuitur.*

Nach der Subtilität des Römischen Rechts ist die actio de pauperie von zweyerley Art, *directa*, wenn das Thier, welches auf eine seiner Gattung nicht gewöhnliche Art geschadet hat, ein vierfüßiges Thier ist, und actio *utilis*, wenn es ein zweyfüßiges Thier ist [72]).

Jene

71) VOET h. t. §. 8. *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentatt. ad Pand. P. I. h. t. §. 6. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 446. p. 238. u. a. m.

72) *L.* 4. *D. h. t.* Der Ausdruck *Quadrupes* wird hier nicht in dem eingeschränkten Sinn des Aquilischen Gesetzes genommen,

L. 2.

Jene Klage wird auch *actio quadrupedaria* genennt [73]). Ob übrigens das Thier den Schaden unmittelbar oder mittelbar angerichtet hat, z. B. wenn Pferde wild werden, und durch den umgeworfenen Wagen Jemanden beschädigen, ist gleichviel. **Ulpian** sagt ausdrücklich *L.* 1. §. 9. *D. h. t.* Sive autem corpore suo pauperiem quadrupes dedit, sive per aliam rem, quam tetigit quadrupes: haec actio locum habebit: utputa si plaustro bos obtrivit aliquem, vel alia re dejecta.

Wenn Hellfeld am Ende dieses Paragraphen noch die Bemerkung macht: *Caeterum actio de pauperie non est extendenda ad damnum a furioso datum, quamvis adversus negligentes in custodiendo detur actio ex lege Aquilia*; so kann ich nicht läugnen, daß mir diese Bemerkung immer etwas sonderbar vorgekommen ist, so oft ich in meinen Vorlesungen darauf gekommen bin; weil ich es nicht für möglich gehalten habe, daß ein Jurist auf den Einfall gerathen könnte, im Ernst zu behaupten, daß wegen eines von einem Rasenden angerichteten Schadens mit der actio de pauperie utilis Ersatz gefordert werden könne. Es ist mir zwar wohl bekannt, daß man darüber streitet, ob nicht ein

L. 2. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* sondern blos im Gegensatz von *bipes.* Daher sagt nicht nur Ulpian *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* Quae actio *ad omnes quadrupedes* pertinet; sondern er begreift auch die Hunde ausdrücklich mit darunter, *L.* 1. §. 5. *D. h. t.* welche doch die *Lex Aquilia* davon ausschließt, und sie zu den bestiis rechnet. *L.* 2. §. 2. *D. de L. Aquil.* S. HÜBNER Obss. cit. ad Edictum viar. Cap. III. pag. 17. sq.

73) S. *Christ. Henr.* BREUNING Quaestio iur. controv. de actione quadrupedaria ex Romano germanico et patrio iure. *Lipsiae 1772.*

ein solcher Schaden aus dem Vermögen des Rasenden ersetzt werden müsse. Mehrere auch selbst neuere Rechtsgelehrten [74]) behaupten dieses wirklich. Allein eine actio de pauperie utilis war doch keinem bisher eingefallen, sondern man glaubte, daß deshalb dem Beschädigten die actio in factum zustehe [75]). Mit einem Worte, ich hielt die ganze Bemerkung des Verfassers für höchst überflüssig und lächerlich. Ich nehme aber nunmehr mein Urtheil, als übereilt, feyerlichst zurück, nachdem nun wirklich in unsern Tagen, in welchen sich so Manches, was vorher unglaublich, ja unmöglich schien, zum Erstaunen ereignet, endlich auch die Meinung zum Vorschein gekommen ist, daß die Forderung wegen eines von einem rasenden Menschen erlittenen Schadens mit der actio de pauperie utilis ohne Bedenken durchgesetzt werden könne [76]). Da unser Verfasser dieser Meinung in einem prophetischen Geiste widersprochen hat, so verdienen die Gründe derselben etwas genauer erwogen zu werden. Erstlich soll ein solcher Schade unstreitig für eine *pauperies* zu halten seyn. Denn nach Ulpians Begriffe [77]) werde darunter überhaupt ein damnum

74) Die Vertheidiger dieser Meinung sind bey einer andern Gelegenheit im 1. Th. dieses Commentars §. 7. S. 67. Not. 20. angeführt worden, denen ich nur noch BOEHMER in iure Dig. h. t. §. 2. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. und Schmidt in Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1204. beyfüge.

75) SCHAUMBURG a. a. O. sagt ausdrücklich: *Ad damnum vero ab homine datum plane non pertinet*, (sc. actio de pauperie) *nec nisi inepte ad furiosum applicatur, ex cuius bonis damnum, si quod dedit, actione in factum consequimur.*

76) S. SCHOEMANS Handb. des Civilrechts I. Band. S. 202—204.

77) *L. 1. §. 3. D. h. t.*

num sine iniuria facientis datum verstanden. Zweytens scheine die *L.* 4. *D. h. t.* hierüber gar keinen Zweifel zurückzulassen, wenn es daselbst heißt: *Haec actio* (de pauperie) *utilis* competit, si non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit. Warum sollte man einen furiosus, so lange er furiosus ist, nicht ein *animal*, *quod sensu caret* nennen? da **Ulpian** in *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Aquil.* den furiosus einem quadrupes, d. h. einem unvernünftigen Thiere gleichstellt! Die Ehre der Neuheit kann man diesen Gründen nicht absprechen. In wiefern sie aber auch auf das Gewicht der Ueberzeugung Anspruch machen können, muß ich dem rechtlichen Gefühle eines Jeden überlassen. Für meine rechtliche Ueberzeugung haben sie wenigstens kein Gewicht. Ich will jetzt gar nicht wiederholen, was ich zur Widerlegung jener Behauptung, daß der durch einen Rasenden verursachte Schaden aus dem Vermögen desselben ersetzt werden müsse, schon an einem andern Orte dieses Commentars [78]) gesagt habe, nachdem zumal Herr Hofrath **Thibaut** [79]) den Ungrund derselben nochmals so deutlich vor Augen gelegt hat, daß gar kein Zweifel übrig bleibt. Ich will mich jetzt blos darauf einschränken, ob diese Behauptung etwa durch die von der actio de pauperie utilis hergenommene Analogie eine neue Stütze erhalten hat, und zwar eine solche, wodurch sie jetzt über alle Zweifel erhoben worden sey. Dies ist es nun aber gerade, woran ich nach meiner juristischen Ueberzeugung zweiflen muß. Ich will gar nicht erwähnen, daß die actio de pauperie auf den angegebenen Fall schon darum,

78) 1. Th. S. 67. ff.

79) In den angef. Versuchen 2. B. 8. Abh. S. 210. ff.

um, ihrer Natur nach, gar nicht paßt, weil sie als eine Noxalklage, wofür sie Justinian [80]) und Ulpian [81]) erklären, immer voraussetzt, daß der Schaden durch eine res alieni iuris geschehen seyn muß [82]), und daher gegen den Eigenthümer der Sache anzustellen ist; sondern nur das will ich zu bedenken geben, daß alle Klage wegfällt, wenn der Schaden durch eine unwillkührliche, blos zufällige Handlung des Thiers geschehen ist [83]). Nun erklären ja aber die Gesetze ausdrücklich den von einem Rasenden verursachten Schaden für zufällig. Man lese nur die *L. ult. D. de administr. et peric. tutor.* wo es am Ende mit dürren Worten heißt: impune autem puto admittendum, quod *per furorem alicuius* accidit, *quomodo si casu aliquo, sine facto personae, id accidisset.* Es ergiebt sich hieraus zugleich, daß der durch einen Rasenden unwillkührlich verursachte Schaden auf keine Weise für eine *pauperies* gehalten werden kann. Denn nicht zu gedenken, daß der Ausdruck *pauperies* nie anders, als von Thieren gebraucht wird, wie das Zeugniß des Festus ausser allem Zweifel setzt, welcher sagt: *Pauperies* damnum dicitur, quod *quadrupes* facit; und daß Ulpian bey seinem Begriffe von *pauperies*, als einem damnum sine iniuria facientis datum, gewiß an keinen furiosus dachte, erhellet theils daraus, weil er hier mit Erklärung des Edicts: *Si quadrupes pauperiem*

80) *Pr. I. h. t.*

81) *L. 1. §. 14. D. h. t.*

82) VOET in Comm. Lib. IX. Tit. 4. §. 1. und *Aug. von dem* BUSCHE Diss. dominum ex facto animalis praeter culpam non obligari. Cap. II. §. 32.

83) *L. 52. §. 2. in fin. D.* ad *Leg. Aquiliam.*

periem fecisse dicetur beschäftiget ist, theils aus der eigenen Erläuterung seines Begriffes: *nec enim*, sagt er, *potest animal iniuria fecisse, quod sensu* d. i. ratione, wie es Noodt [84]) ganz richtig erklärt, *caret;* von dem allen abgesehen, so ist ja Jedem bekannt, daß die *actio de pauperie* nur dann begründet sey, wenn der Schade, den das Thier angerichtet hat, ohne eines Menschen Schuld, *contra naturam sui generis* geschehen ist, d. h. wenn ein zahmes Thier durch Wildheit, oder wie **Ulpian** [85]) sagt, commota feritate, geschadet hat, und daß sie daher bey solchen Bestien wegfällt, quorum genitalis est feritas. Wie läßt sich nun diese zur Begründung der Klage wesentliche Bestimmung auf die Handlung eines Rasenden übertragen? Im Gegentheil, wenn ja eine Vergleichung Statt haben könnte, ließ sich eher sagen, der Rasende habe, wenn er auch Schaden angerichtet hat, secundum naturam, d. h. dem Zustande eines Rasenden gemäß, und folglich unwillkührlich gehandelt. Es würde also selbst nach dieser Analogie die Klage wegfallen müssen. Sollte denn aber etwa **Ulpian** im Ernst furiosos und quadrupedes in eine Classe gesetzt, und daher die Statthaftigkeit der actio de pauperie utilis bey den Handlungen eines Rasenden, wodurch er Schaden angerichtet hat, nach der *L. 4. D. h. t* wirklich gar keinen Zweifel haben? Ich glaube, **Ulpian** dachte an eine solche Analogie auch nicht entfernt, und würde erstaunen, wie ein Priester der Gerechtigkeit, wofür er uns Juristen hält, ihm eine solche Meinung habe aufbürden können. **Ulpian** sagt in der *L. 5. §. 2. D. ad Leg. Aquil.*

84) Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. pag. 225.

85) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

Aquil. auch: *Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum.* Also würde ja die actio de pauperie utilis auch bey Kindern statt haben, wenn sie, ohne eines Andern Schuld, Schaden anrichten? Wer hat je so etwas behauptet? Mit Recht sagt daher Stryk [86]): *Non extendenda est ratio Ulpiani ultra casum expressum, et comparatio in d. L. 5. §. 2. tantum eo tendit, ut utrobique, sive a bestia, sive a furioso damnum datum, excludatur actio Legis Aquiliae, ob cessantem culpam.*

§. 696.

Fälle, in welchen die dem Beklagten zustehende Wahl wegfällt.

Die bey der actio de pauperie dem Beklagten zustehende Wahl zwischen Schadensersatz und Ueberlassung des Thiers fällt weg,

1) wenn der Beklagte fälschlich geläugnet hat, daß ihm das Thier gehöre. Hier muß er zur Strafe seines Läugnens den Schaden schlechterdings ersetzen [87]). Eine Verurtheilung auf das Duplum findet jedoch deswegen nicht Statt [88]).

2) Wenn das Thier nach erfolgter Litiscontestation umkommt. Auch hier muß der Beklagte den Schaden schlechterdings ersetzen, weil ihm die Unmöglichkeit, das Thier nun, statt des Schadensersatzes, abzutreten, zur Last

86) Us. mod. Pand. h. t. §. 1.

87) *L. 1. §. 15. D. h. t.*

88) S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 21.

Last gelegt wird [89]). Hat jedoch ein Dritter das Thier getödet, so kann sich der Beklagte vom Schadensersatz dadurch loßmachen, daß er die ihm gegen den Dritten zustehende *actio Legis Aquiliae* dem Beschädigten cedirt [90]). Kommt das Thier vor der Litiscontestation um, so findet keine Klage mehr Statt [91]), wenn gleich der Beklagte bey dem Tode des Thiers nicht ausser Schuld seyn sollte, wenn ihm nur kein Dolus, oder, in Absicht auf die Litiscontestation, keine mora zur Last fällt [92]).

3) Wenn sich der Beklagte fälschlich für den Besitzer des Thiers ausgegeben, oder das Thier dolose zu besitzen aufgehört hat. Die noxae deditio fällt hier von selbst weg, also muß auch in diesem Falle der Schade schlechterdings ersetzt werden [93]). Unser Hellfeld rechnet auch

4) den

89) *L. 21. pr. D. de noxal. action.* S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Band §. 1225. Nr. II. S. 90.

90) *L. 1. §. 16. D. h. t.* Si post litem contestatam ab alio sit animal occisum, quia domino Legis Aquiliae actio competit, ratio in judicio habebitur legis Aquiliae, quia dominus noxae dedendae facultatem amiserit. Ergo ex iudicio proposito litis aestimationem offeret, nisi paratus fuerit actionem mandare adversus eum, qui occidit.

91) *L. 1. §. 13. D. h. t.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

92) *L. 21. pr. L. 26. §. 4. D. de noxal. action.* S. STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 17. Anderer Meinung ist zwar *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 4. Allein man sehe EMMINGHAUS ad *Coccejum.* Lib. VI. Tit. I. Qu. 5. not. w. Tom. I. pag. 499. sq.

93) *L. 7. D. de interrogat. in iure. L. 12. et L. 24. D. de noxal. act.* STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XIV. Th. 12.

4) den Fall hierher, wenn ein freyer Mensch durch das Thier getödet worden ist. Hier ist Schadensersatz unmöglich; quia liberum corpus non recipit aestimationem[94]). Er behauptet daher mit Schilter[95]), es finde noxae deditio Statt. Allein mit Recht behauptet Struv[96]) das Gegentheil. Denn Ulpian[97]) sagt ausdrücklich: Quod in corpore libero damni datur, *iure hereditario transire ad successores non debet*, *quasi non sit damnum pecuniarium*. Nur wegen der aufgewendeten Curkosten würde dem Erben die Klage nicht versagt werden können[98]). Denn dieserwegen hätte der Verstorbene selbst klagen können[99]), die actio de pauperie geht aber auf die Erben des Beschädigten über[100]). Ist ein freyer Mensch durch das Thier körperlich beschädiget worden, so geht die Klage auf Ersatz der Curkosten, und desjenigen Schadens, den er nicht nur durch die Versäumniß in seinen Geschäften erlitten hat, sondern auch noch in der Folge dadurch leidet, daß er wegen der erlittenen Verletzung zur Arbeit untauglich geworden ist[1]).

5) Nach Sachsenrechte muß der von einem Thiere angerichtete Schaden schlechterdings ersetzt werden, wenn nicht

94) *L. 3. D. h. t.*

95) Prax. iur. Rom. Exercit. XIX. §. 11 — 13.

96) Exerc. cit. XIV. Th. 14.

97) *L. 5. §. 5. D. de his, qui effud. vel dejecerint.*

98) S. MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. δ. pag. 863.

99) *L. 3. D. h. t.*

100) *L. 1. §. ult. D. eodem.*

1) *L. 3. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. VOET h. t. §. 8.

nicht der Eigenthümer, sobald er den Schaden erfahren hat, das Thier derelinquirt[2]). Außerhalb Sachsen ist jedoch von diesem Rechte kein Gebrauch zu machen; vielmehr läßt sich mit Grund behaupten, daß die Abtretung des Thiers zum Ersatz des Schadens auch noch heutzutage Statt habe[3]).

§. 697.

Pfändung schädlicher Thiere.

In Deutschland gilt noch ein anderes Mittel, dessen man sich gegen den Schaden bedienen kann, welchen man von fremden Thieren erlitten hat. Dies ist die Pfändung schädlicher Thiere (*pignoratio* ſ. *inclusio animalium*)[4]). Man versteht darunter diejenige Handlung, da man sich der fremden Thiere, welche uns Schaden zugefügt haben, sofern man sie noch auf seinem Eigenthume antrifft, bemächtiget, und selbige in Besitz nimmt, um daran bis zur Vergütung des Schadens ein Retentionsrecht auszuüben. Nach dem Römischen Rechte ist diese Pfändung, als eine Art von Selbsthülfe, nicht erlaubt. **Pomponius** läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 39. §. 1.

2) Sächs. Landrecht 2. B. Art. 40. *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 14. Th. 3. not. 7. und WERNHER Obſervat. for. Tom. II. P. IX. Obſ. 56.

3) S. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 4. et 5. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1171.

4) *Car. Ferd.* HOMMEL Diſſ. de pignoratione et cuſtodia animalium pauperiem facientium. *Lipſiae* 1774. (Eine Epitome derselben befindet sich in dessen Rhapsod. Quaeſtion. for. Vol. IV. Obſ. 584.) und Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. Band §. 222. b.

§. 1. *D. ad Leg. Aquil.* sagt: Quamvis alienum pecus in agro suo quis deprehendisset, sic illud expellere debet, quomodo si suum deprehendisset, quoniam, si quid ex ea re damnum cepit, habet proprias actiones. Itaque qui pecus alienum in agro suo deprehenderit, *non iure id includit*, nec agere illud aliter debet, quam quasi suum, sed vel abigere debet sine damno, vel admonere dominum, ut suum recipiat [5]). Nur der Fall ist auszunehmen, da man den Eigenthümer eines uns schädlich gewordenen Thiers nicht kennt. Hier erlaubt selbst das Römische Recht das einstweilige Anhalten des Thiers, bis man den unbekannten Eigenthümer entdeckt hat [6]). In Deutschland hingegen ist die Pfändung schädlicher Thiere als ein erlaubtes Mittel der Selbsthülfe von jeher vertheidiget worden, und hat sich auch gegen die Vorschriften des Römischen Rechts bis auf den heutigen Tag als allgemein gültig erhalten [7]). Sie setzt jedoch, wenn sie zulässig seyn soll, folgende Erfordernisse voraus.

1) Die Pfändung ist an dem Orte vorzunehmen, wo der Schade geschehen ist, (in re praesenti.) An einem dritten Orte kann sie nur dann erlaubter Weise geschehen, wenn der Pfänder in dem Act der Verfolgung noch begriffen ist, und dieser Ort ebenfalls demselben zugehört.

5) Mehrere behaupten gleichwohl das Gegentheil, besonders FELTMANN in Tr. de inclusione animalium. Cap. II. § 14. et 15. und de COCCEJI in iur. civ. contr. h. t. Qu. 2. Man sehe jedoch HOMMEL Diss. cit. Cap. 2.

6) VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. CXI. med. 1.

7) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 15. LEYSER cit. loc. medit. 2.

gehört [8]). Dahingegen ist die Pfändung auf einem fremden Grundstück nicht erlaubt [9]).

2) Sie muß auf frischer That (in continenti) geschehen, es wäre denn, daß die Aecker desjenigen, welcher den Schaden erlitten hat, an das Grundstück des Eigenthümers, dessen Vieh den Schaden zugefügt hat, angränzten, oder diese Grundstücke vermischt unter einander lägen. Dann braucht die Pfändung nicht gerade bey der ersten Uebertrift zu geschehen, sondern sie kann auch noch beym Rückzuge der Heerde vorgenommen werden [10]).

3) Es muß dabey jeder unzweckmäßige Exceß sorgfältig vermieden werden, weil die Pfändung nur des Schutzes wegen erlaubt ist. Der Pfänder muß sich daher alles Schlagens und Scheltens, wie auch aller Verletzung oder Tödung des gepfändeten Viehes enthalten, wofern er sich nicht straffällig machen will [11]).

4) Nach geschehener Pfändung muß dem ordentlichen Richter baldmöglichst von dem ganzen Vorgange genaue Anzeige

8) STRYK Diss. de iure pignorandi. *Francof.* 1690. Cap. IV. nr. 17. 18. et 19.

9) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. IX. Specim. DXCV. meditat. 7. et 8. HOMMEL Diss. cit. de pignorat. et custodia animal. pauperiem fac. Cap. VII. §. 6.

10) S. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. 3. S. 19.

11) LEYSER Specim. CXI. medit. 11. Danz Handbuch des heutigen deutsch. Privatrechts 2. B. §. 222 b. S. 361. und Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 2. Band Nr. XVIII. S. 196. ff.

Anzeige gemacht werden[12]). Daß jedoch das Pfand dem Richter überliefert werden müsse, wie unser Verfasser und mit ihm mehrere[13]) behaupten wollen, ist nicht erforderlich, wofern es nicht die Landesgesetze verordnen, und zu diesem Zwecke richterliche Pfandställe vorhanden sind. Außerdem kann der Pfänder die Thiere in eigener Gewahrsam behalten[14]). Ist das Vieh durch eines andern Schuld auf das fremde Grundstück getrieben worden, z. B. durch den Hirten; so haftet dieser zunächst für den Schaden, mit der actio Legis Aquiliae. Der Eigenthümer kann nur in subsidium belangt werden, wenn der Hirt den Schaden nicht vergüten kann[15]). Uebrigens nimmt man bey Schätzung des Schadens auf die Zeit Rücksicht, da der Schade geschehen ist, und was damals die verdorbene Sache werth gewesen. Ist Getraide durch das Vieh ruinirt worden, so wird der Schade durch Landwirthschaftsverständige taxirt, und dabey auf die künftige Aerndte gesehen, die dem Kläger dadurch entzogen worden ist[16]).

12) Danz a. a. O. S. 362.

13) LEYSER Specim. CXI. Corol. 3. WERNHER lectiss. Commentat. in Pandect. P. I. h. t. §. 3. pag. 363. u. a. m.

14) Struben rechtl. Bedenken 2. Th. Bed. 61. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts 2. B. §. 222 b. S. 362. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 1173. Not. 3.

15) S. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. V. Obs. 633.

16) S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen. 5. Th. §. 1227.

Lib. IX. Tit. II.

Ad Legem Aquiliam.

§. 698.

Was ist ein damnum iniuria datum? Zeitalter des Aquilischen Gesetzes.

Ein Schaden kann ferner auch von einem vernünftigen freyen Sinnenwesen durch widerrechtliche Verletzung einer dem Andern zugehörigen Sache zugefügt werden. Ein solcher rechtswidriger Schade, insofern die Handlung, wodurch er entstanden ist, kein anderes namentlich bezeichnetes Verbrechen ausmacht, wird *damnum iniuria datum* genennt, und kann entweder in einer bloßen Beschädigung, oder in einer gänzlichen Vernichtung der Sache bestehen [17]). Er setzt immer eine rechtswidrige Handlung voraus, die Handlung mag dolos oder culpos seyn. Auf eine bestimmte Absicht kommt es hingegen bey dieser Beschädigung nicht an, sie mag aus Rachsucht, im Zorn, oder aus bloßem Muthwillen, oder aus bloßer Unvorsichtigkeit geschehen seyn. Denn hier ist von keiner Ehrenverletzung die Rede, wie sonst das Wort *Iniuria* genommen wird; sondern es wird hier jede widerrechtliche Handlung, wodurch Jemand die Sache eines Andern beschädigte, das Versehen mag auch noch so gering seyn, *iniuria*

17) S. Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 310. S. 268. der 4. Auflage.

iniuria genennt. Es verdient hier folgende Stelle bemerkt zu werden. **Ulpian** sagt *L.* 5. §. 1. *D. h. t.*

I*niuriam* autem hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam; *sed quod non iure factum est*, hoc est, *contra ius*, id est, si *culpa* quis occiderit, et ideo interdum utraque actio concurrit, et Legis Aquiliae et injuriarum. Sed duae erunt aestimationes, alia damni alia contumeliae. Igitur *injuriam* hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit.

Ob zwischen dem Beschädiger und dem Beschädigten in Ansehung der beschädigten Sache eine frühere obligatio bestand, oder nicht, macht keinen Unterschied, darauf aber kommt es an, ob ein positives Factum des Andern, oder ein bloßes Unterlassen die unmittelbare Ursache der widerrechtlichen Beschädigung war. Nur die positive schädliche Thätigkeit, im Gegensatz von schädlichen Unterlassungen, bestimmt den wesentlichen Character von einem *damnum iniuria datum*, welches die *Lex Aquilia* vindicirt[18]).

18) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. und vorzüglich SCHOEMAN im Handbuch des Civilrechts 1. B. S. 204. ff. Ueberhaupt aber sind über die LEX AQUILIA folgende Schriften zu bemerken: *Franc.* BALDUINUS de Lege Aquilia. (in HEINECCII *Iurisprud. Rom. et Attic.* Tom. I. pag. 239. und in EIUS *Commentariis ad Leges de iure civili, cum praefat.* GUNDLINGII, *Halae* 1730. 8. edit. pag. 156. sqq.) *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. (in *Ger.* MEERMANI *Thes. iur. civ. et canon.* T. II. pag. 1. sqq.) *Ger.* NOODT ad Leg. Aquiliam liber sing. (in *Operib.* T. I. pag. 137. sqq.) und Egid von Löhr Theorie der Culpa. (Gießen 1806. 8.) 2. Abschn. S. 81 — 132.

Schon vor dem Aquilischen Gesetz war zwar, sowohl in den 12 Tafeln, als durch andere Gesetze, über dieses damnum Verschiedenes verordnet worden; allein es fehlen uns, bis auf einige wenige Bruchstücke, von diesen ältern Verordnungen, die Nachrichten gänzlich, weil alle diese Gesetze, wie **Ulpian**[19]) meldet, durch die Lex Aquilia abgeschafft worden sind. Nur einige, welche von einzelnen Arten des damni iniuria dati handelten, scheinen sich im Gebrauche erhalten zu haben. Denn so sagt **Ulpian**[20]), daß wegen der heimlich geschehenen boshaften Beschädigung der Bäume sowohl die Klage aus dem Aquilischen Gesetz, als die *actio arborum furtim caesarum* aus den zwölf Tafeln Statt habe. Eben so konnte wegen der noxia servi alieni sowohl aus den 12 Tafeln, als aus dem Aquilischen Gesetz geklagt werden[21]). Vielleicht war, wie **Råvard**[22]) glaubt, in den ältern Gesetzen noch keine Strafe bestimmt, dergleichen die *Lex Aquilia* festsetzte, wodurch das damnum iniuria datum für ein Privatdelict erklärt wurde. Ueber den Ursprung des Aquilischen Gesetzes haben uns die Römischen Juristen wenig Nachrichten hinterlassen. **Ulpian**[23]) sagt bloß: Quae *Lex Aquilia* plebiscitum est: cum eam *Aquilius* Tribunus plebis a plebe rogaverit. Allein es

19) *L. 1. pr. D. h. t.*

20) *L. 1. D. Arbor. furtim caesar.* VOET h. t. §. 2. Hieraus erhält auch *L. 43. D. h. t.* und *L. 32. D. de obligat. et act.* ihr Licht. S. *Em.* MERILLII Observation. Lib. IV. cap. 33.

21) *L. 2. §. 1. D. de noxal. act. L. 56. D. de obligat. et actionib.*

22) Ad Leges XII. Tabular. lib. sing. Cap. 24. (in Operib. *Lugduni 1623.* 8. Tom. I. pag. 90.)

23) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

es gab zu den Zeiten des römischen Freystaats mehrere Tribunen des Namens Aquilius. Soviel ist gewiß, Publius Aquilius Gallus [24]), welcher im Jahr 699. der E. R. Tribunus plebis war, kann der Urheber des Gesetzes nicht seyn. Hierin irrt Anton Perez [25]). Denn Brutus und Q. Mucius, welche früher lebten, haben schon über die *Lex Aquilia* commentirt, wie aus *L.* 27. §. 22. und *L.* 31. §. 39. *D. h. t.* erhellet. Joh. Suarez de Mandoza [26]) schreibt das Gesetz dem Marcus Aquilius zu, der im Jahr 625. Consul war, und einige Jahre vorher Tribunus plebis gewesen seyn soll. Die meisten [27]) halten den Tribun L. Aquilius Gallus für den Urheber, und setzen es in das Jahr 573. Allein ohne den mindesten Grund. Richtiger giebt Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen [28]) das Zeitalter des Aquilischen

24) DIO CASSIUS Libr. 39. und VALER. MAXIMUS Lib. VIII. cap. 2. gedenken dieses Tribuns.

25) Praelection. in Cod. Lib. III. Tit. 35. nr. 2.

26) Commentar. ad Legem Aquiliam in Apparat. Cap. I. (in Ger. MEERMANI *Novo Thes. iur. civ. et canon.* Tom. II. pag. 9.)

27) PIGHIUS Annal. Pop. Rom. Tom. II. p. 330. BACH Histor. iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. Sect. I. §. 37. pag. 155. Diesen stimmt auch Hellfeld bey.

28) Lib. IV. Tit. 3. §. 15. nach der Reitzischen Ausgabe Tom. II. pag. 765. da heißt es: Ὁ γὰρ Ρωμαϊκὸς χυδαῖος δῆμος, κατὰ τὸν καιρὸν τῆς διαστάσεως τοῦ χυδαίου δήμου καὶ τῆς συγκλήτου, τοῦ Ἀκουιλίου (δήμαρχος ἔτος ἦν) τὸν παρόντα νόμον τιθέντος, ἠρκέσθη τῷ plurimi ῥήματι ἐν τῷ πρώτῳ κεφαλαίῳ. i. e. *Plebs enim Romana, tempore discordiae inter plebem ac Senatum, Aquilio (Tribunus plebis hic erat) praesentem Legem*

schen Gesetzes an, wenn er sagt, es sey gerade zu der Zeit gegeben worden, als die letzte Spaltung zwischen dem Senate und dem Volke durch die dritte Secession auf den Janiculus erfolgte, also ums Jahr 467. der Erb. Roms [29]).

§. 699.

Welche Rechtsverhältnisse umfaßt das Aquilische Gesetz?

Die Lex Aquilia vindicirt nun also jede widerrechtliche Handlung, wodurch Jemand die körperliche Sache eines Andern beschädiget hat, und auch das geringste Versehen, dessen er sich dabey schuldig machte, begründet den Begriff eines *damni iniuria dati*, sobald durch dasselbe der Schade wirklich entstand. Dies ist der Sinn der wichtigen Stelle [30]), in welcher **Ulpian** sagt: *In Lege Aquilia et levissima culpa venit.* Eine Hauptfrage, welche hier eine genaue Erörterung verdient, ist es demnach: welche Rechtsverhältnisse umfaßt das Aquilische Gesetz? blos außerverträgliche, oder auch Vertragsverhältnisse? Das Erstere behaupten die mehresten ältern Rechtsgelehrten [31]), denen

Legem ferente, contenta fuit verbo PLURIMI *in capite primo.* Hotoman und Otto haben zwar in ihren Commentaren über die Institutionen dem Theophilus darüber manche Vorwürfe gemacht. Allein Reitz hat ihn dagegen sehr gut vertheidiget.

29) S. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts §. 122. der 2. Aufl.

30) *L. 44. D. h. t.*

31) STRUV in Syntagm. iuris civ. Exercit. XIV. §. 20. BERGER in Oecon. iuris Lib. III. Tit. IX. §. 11. Not. 3. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pandect. h. t. §. 9. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de usu practico doctrinae difficillimae iuris de culparum praestatione in contractibus. §. 29. Struben rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 61. u. a. m.

nen auch unter den neuern noch Wernher[32]), Schmidt[33]), Höpfner[34]) und Günther[35]) beytreten. Sie sagen, wenn man ja wegen eines in einem Contracte erlittenen Schadens die Klage aus dem Aquilischen Gesetz anstellen wolle, so müßte doch immer der Grad von Culpa vorhanden seyn, welcher in dem vorliegenden Contracte nach eigenen Regeln prästirt werde, z. B. beym beschädigten Depositum die culpa lata. Denn sonst würden ja alle Regeln von den verschiedenen Graden der Culpa und deren Prästation in den Contracten unnütz seyn. Ueberdem könne man auch einen solchen Schaden kein *damnum iniuria datum* nennen, den Jemand durch ein ganz geringes Versehen verursacht hat, wenn er nach der Natur des eingegangenen Contracts nicht für culpa levissima haften darf. Nie könne also mittelst der actio Legis Aquiliae ein größerer Fleiß von einem Menschen gefordert werden, als wozu ihn der geschlossene Contract verbindet, weil sonst die Römischen Rechtsgelehrten nicht hätten sagen können, daß eine Klage die andere aufhebe[36]). Allein schon Cocceji[37]) suchte aus Gründen der Theorie zu zeigen, daß auch in Vertragsverhältnissen die *Lex Aquilia* Anwendung finde, ohne daß es hier auf den Grad der Culpa ankomme. Seinen Gründen fehlte indessen noch bey weitem das Gewicht, um die Gründe der ältern Meinung zu entkräften, geschweige denn

32) Lectiss. Commentatt. in Pand. h. t. §. 2.

33) Lehrbuch von gerichtlichen Klagen u. Einreden §. 1206. Not. u.

34) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1049.

35) Princip. iuris Rom. privati novissimi. Tom. I. §. 343.

36) *L. 18. §. 1. D. Commodati. L. 25. §. 5. D. locati.*

37) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 4.

denn zu überwiegen. Denn sie laufen alle blos dahinaus, die Klage aus dem Contract und die des Aquilischen Gesetzes seyen ganz verschiedene Klagen, deren jede ihre eigene Natur und Prästationen habe. Die Hauptsache hingegen, worauf es ankommt, nämlich daß man das damnum iniuria datum, welches sich blos durch positive Thätigkeit äußert, von der eigentlichen Culpa, welche nur ein widerrechtliches Unterlassen bezeichnet, nicht gehörig trennte, ließ er ganz unberührt. Kein Wunder, wenn seine Meinung so wenig Beyfall fand. Glücklicher entdeckte den wahren Standpunct Georg Friedrich Krause [38]). Er sahe zuerst ein, daß bey der Frage, wie weit die Lex Aquilia in Vertragsverhältnissen anwendbar sey, alles auf den Unterschied ankomme, ob der Schade durch eine culpa facti proprii des Contrahenten, oder durch eine culpa custodiae d. i. durch Nichtabwendung vorauszusehender schädlicher Wirkungen entstanden sey. Nur in jenem Falle sey eine unbedingte Pflicht zur Entschädigung schon durch die natürliche Rechtsphilosophie begründet, wenn die Handlung des Contrahenten die unmittelbare Ursache der Beschädigung ist, ohne daß hier die Verschiedenheit der zwischen dem Beschädiger und dem Beschädigten bestehenden obligatio in Betrachtung komme, oder auf irgend einen Grad von Culpa Rücksicht zu nehmen sey. Nur auf diesen Fall gehe die *Lex Aquilia* [39]), und hier con-

38) Diss. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam levissimam vindicante. *Vitembergae* 1757. 4. §. VIII. sqq.

39) *L. 2. pr. L. 27. §. 5. et 13. L. 29. §. 2. L. 51. pr. D. h. t. §. 13. I. eodem.*

concurrire die *actio Legis Aquiliae* mit allen Contractskla- gen electiv [40]). Ein ganz anderes Verhältniß trete ein, wenn der Schade nicht durch positive Thätigkeit des Contrahenten, sondern durch Unterlassung der nöthigen Vorsicht, (culpa custodiae) entstanden ist. Auf diesen Fall beziehe sich die *Lex Aquilia* nicht [41]). Hier lege auch die Philosophie des Rechts dem Bürger keine vollkommene Pflicht auf, den vernichtenden oder schädlichen Einfluß äußerer Umstände der Natur oder dritter Personen von dem Eigenthume des Mitbürgers abzuwenden. Nur durch Vertrag könne eine solche Verbindlichkeit begründet werden. Daher komme es hier lediglich auf die Natur und die Bedingung des geschlossenen Contracts an, um daraus zu beurtheilen, welcher Grad der Achtsamkeit in jedem einzelnen Contracte, nach Maasgebung der Gesetze, stillschweigend versprochen, und welcher Grad von Culpa folglich zu prästiren sey. Hier sey also blos die Klage aus dem Contract begründet, wenn derjenige Grad des Fleißes nicht angewendet worden sey, welchen die Civilgesetze in der Art von Contracten, als geschlossen worden ist, von dem Contrahenten erfordern. Eben diese Bahn haben nachher auch **Franz Schöman** [42]) und **Egid von Löhr** [43]) mit dem glücklichsten Erfolge betreten, und kein Unpartheyischer wird wohl

40) *L. 7. §. 8. L. 27. §. 11. L. 18. L. 42. D. h. t. L. 47. 48. et 49. D. pro Socio. L. 18. §. 1. D. Commodati.*

41) *L. 13. §. 2. D. de Usufr. L. 37. pr. D. h. t. L. 19. D. Commodati. L. 41. D. Locati.*

42) Handbuch des Civilrechts. I. B. S. 209. ff.

43) Beyträge zu der Theorie der Culpa (Gießen und Darmstadt 1808. 8.) V. 4. S. 219. ff.

wohl dieser neuern Meinung leicht den Vorzug streitig machen, da die Rechtsphilosophie und der Beyfall der Römischen Gesetzgebung deren Wahrheit verbürgen. Wie nun durch diese Lehre alle Regeln von den Graden der Culpa und deren Prästation in den Contracten unnütz gemacht werden sollten, ist unbegreiflich. Auch nicht eine wird dadurch aufgehoben. Es ist ja hier blos von dem Falle die Rede, wenn der Schade durch positive Thätigkeit desjenigen verursacht worden ist, der dafür verantwortlich gemacht wird. Für diesen Fall kennen die Gesetze keine Grade der Culpa [44]). Diese nimmt blos die dem *damno iniuria dato* gegenüber stehende schädliche Unthätigkeit, die mittelbare Ursache der Verletzung einer fremden Sache durch Versehen, die *omissio diligentiae*, *omissio custodiae* an [45]). Man erwäge nur folgende Gesetzstellen.

L. 2. *pr. D. h. t.* Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem *iniuria occiderit* etc.

L. 5. *§.* 1. *D. eodem. Iniuriam* autem hic accipere nos oportet, — *quod non iure factum est*, hoc est, contra ius, id est, *si culpa quis occiderit.* — Igitur *iniuriam* hic *damnum* accipiemus *culpa datum*, etiam ab eo, qui nocere noluit.

L. 27. *§.* 5. *D. eodem.* Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod *usserit*, *fregerit*, *ruperit iniuria* etc.

44) Sehr richtig sagt STRYK in Usu mod. Pand. h. t. §. 14. *Cum vero Lex Aquilia damnum etiam levissima culpa datum vindicet*, L. 44. D. h. t. *usu fori hoc communiter ad culpam levissimam in committendo admissam restringitur, cum omissio facilius excusari soleat commissione.*

45) S. SCHOEMANS Handbuch 1. B. S. 237. ff.

L. 27. §. 13. *D. eodem.* *Rupisse* verbum fere omnes Veteres sic intellexerunt: *corruperit.*

L. 27. §. 17. *eod.* *Rupisse* eum utique accipiemus, qui vulneravit, vel virgis, vel loris, vel pugnis cecidit, vel telo vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit; sed ita demum, si damnum iniuria datum est. — *Aquilia* enim eas *ruptiones*, quae damna dant, persequitur.

§. 13. *I. de Lege Aquilia.* RUPTUM intelligitur, quod quoquo modo *corruptum* est. Unde non solum *fracta*, aut *usta*, sed etiam *scissa*, et *collisa*, et *effusa*, et quoquo modo *peremta*, atque *deteriora facta*, hoc verbo continentur.

§. 14. *I. eodem.* Illud palam est, sicut ex primo capite ita demum quisque tenetur, *si dolo aut culpa eius homo aut quadrupes occisus occisave fuerit*: ita ex hoc capite *de dolo aut culpa et de caetero damno quemque teneri.*

Sollte denn aber vielleicht das Vertragsverhältniß einen Unterschied machen? das sey ferne! Wie könnte denn der Contract Jemanden berechtigen, dem Andern einen Schaden ohne Ersatz zuzufügen, für welchen er im nichtvertragsmäßigen Verhältniß verantwortlich seyn würde[46])? Was

46) STRYK in Tract. de actionib. for. investigand. Sect. I. membr. X. §. 28. bemerkt sehr richtig: *non posse contractum intervenientem maiorem delinquendi licentiam alteri tribuere, nisi forte expresse conventum, se de levissima culpa teneri nolle.* Daß eine solche besondere Verabredung, welche Stryk hier als Ausnahme annimmt, wirklich gelte, erhellet aus *L.* 27. §. 29. *D. h. t.*

Was hat denn das Verhältniß des Schadensersatzes mit den Vertragsverhältnissen für eine Verbindung? und warum sollte das Recht des Schadensersatzes in vertragsmäßigen Verhältnissen anders, als in nichtvertragsmäßigen zu bestimmen seyn? Die Gesetze belehren uns vielmehr ausdrücklich, daß die actio Legis Aquiliae mit allen Contractsklagen electiv concurrire, insofern es auf Schadensersatz ankommt.

L. 7. §. *ult. D. h. t.* Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, *vel ex locato vel ex Lege Aquilia competere actionem.*

L. 18. *D. eod.* Sed et si is, qui pignori servum accepit, occidit eum, vel vulneravit; *Lege Aquilia* et *pigneratitia* conveniri potest. Sed alterutra contentus esse debebit actor.

L. 42. *D. eodem.* Qui tabulas testamenti depositas, aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione, et ad exhibendum tenetur: quia corruptam rem restituerit, aut exhibuerit. *Legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit.* Corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.

L. 16. §. 5. *D Familiae ercisc.* Denique ait (*Iulianus*), si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit, vel interleverit, *teneri quidem Lege Aquilia*, quasi corruperit: non minus autem etiam *familiae erciscundae iudicio.*

L. 18. §. 1. *D. Commodati.* Sive autem pignus, sive commodata res, sive deposita, deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, *non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam Legis Aquiliae*: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

L. 47. §. 1. *et L.* 48. *D. Pro socio.* Si damnum in re communi socius dedit, *Aquilia* teneri eum, et *Celsus*, et *Iulianus*, et *Pomponius* scribunt: sed nihilominus et *pro socio* tenetur.

L. 30. §. 2. *D. Locati.* Qui mulas ad certum pondus oneris locaret, cum maiore onere conductor eas rupisset, consulebat de actione? Respondit, vel *Lege Aquilia* vel *ex locato* recte eum agere. Sed *Lege Aquilia* tantum cum eo agi posse, qui tum mulas agitasset: *ex locato*, etiam si alius eas rupisset, cum conductore recti agi.

L. 43. *D. eodem* Si vulneraveris servum tibi locatum, eiusdem vulneris nomine, *Legis Aquiliae* et *ex locato actio* est: sed alterutra contentus actor esse debet; idque officio iudicis continetur, apud quem ex locato agetur.

Nach diesen Gesetzen hat es nun also wohl keinen gegründeten Zweifel, daß der Depositar, ferner der Empfänger eines Precariums nach der Lex Aquilia eben so gut für jede culpose positive Beschädigung haften, wie alle übrige, wenn sie gleich sonst nur für schädliche Unthätigkeit aus groben Versehen (culpa lata) verantwortlich sind. Es darf jedoch bey dieser Gelegenheit nicht unbemerkt gelassen werden, daß die Regel, nach welcher eine jede Beschädigung durch Handeln ohne Rücksicht auf den Grad der Culpa der Klage des Aquilischen Gesetzes unterworfen ist, zwey bedeutende Ausnahmen leidet, nämlich bey dem Agrimensor und dem Schenker[47]). Ersterer soll wegen

47) S. SCHOEMANS Handbuch 1. B. S. 229. sq.

wegen fälschlicher Bestimmung des Maaßes nur für dolus und culpa lata haften [48]). Die actio Legis Aquiliae kann darum gegen ihn nicht angestellt werden, weil sie eine wirkliche Verletzung, eine Corruption der Sache voraussetzt, welche durch die Angabe eines falschen Maaßes nie entsteht. Ueberdem war zwischen dem agrimensor und demjenigen, dessen Grundstück er maas, nach dem römischen Civilrechte kein gültiges Geschäft vorhanden, sondern es war nur eine Gefälligkeit, welche jener diesem erzeigte, wenn er eine solche Messung übernahm [49]). Gab er also ein falsches Maas an, so hatte gar keine Klage gegen ihn auf den Ersatz des verursachten Schadens Statt; er mochte für seine Mühe ein Honorar bekommen haben, oder nicht. Nur der Prätor gab eine Klage, wenn er sich eines dolus oder culpa lata schuldig gemacht hatte. Haec actio *dolum malum* duntaxat exigit; sagt Ulpian, visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si *dolus malus solus* conveniatur eius hominis, *qui civiliter obligatus non est. Proinde, si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit*; sed et si negligenter, aeque mensor securus erit. *Lata culpa* plane dolo comparabitur [50]). Auch der Schenker haftet nach Justinianeischem Rechte bis zur Uebergabe der versprochenen Sache nur für dolus und culpa lata, weil er keinen Vortheil aus dem Geschäfte zieht; der Beschenkte aber ist zur Anstellung der Klage aus dem Aquilischen Gesetz darum nicht berechtiget, weil er weder Eigen-

48) *L. 1. §. 1. D. Si mensor falsum mod. dix.*

49) *L. 1. pr. D. cit.* Non crediderunt Veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, *sed magis operam beneficii loco praeberi.*

50) S. von Löhr Beyträge zu der Theorie der Culpa S. 77. ff.

Eigenthum, noch ein dingliches Recht an der ihm versprochenen Sache hat [51]). Dahingegen nimmt man auch einen Fall an, wo Jemand Schaden in einem Contracte leidet, und keine andere Klage anstellen kann, als die des Aquilischen Gesetzes. Dieser Fall ist beym Darlehn möglich, wenn der Empfänger durch ein Versehen des Darleihers eine verdorbene oder verfälschte Sache erhält. Denn eine actio mutui contraria giebt es nicht [52]).

§. 700.

Bedingungen des Aquilischen Gesetzes. I. Widerrechtlicher Schaden durch positives Handeln.

Die erste und wichtigste Bedingung des Aquilischen Gesetzes, und der daraus entspringenden Klage ist also die, daß Jemand durch positive Handlungen, sey das Versehen auch noch so gering, einem Andern widerrechtlich geschadet habe, gleichviel, ob zwischen dem Beschädiger und Beschädigten ein Vertragsverhältniß vorhanden sey, oder nicht [53]). Zwar meint Hellfeld, es komme nichts darauf an, ob der Schade *committendo* oder *omittendo* geschehen sey. Allein das Gegentheil lehrt offenbar **Ulpian** [54]), wenn er, in Beziehung auf die Auctorität eines **Julians** sagt: Sunt casus, quibus cessat *Aquiliae actio. — Nam qui agrum non proscindit, qui vites non*

51) Von Löhr Beyträge S. 221. ff.

52) S. STRYK Tract. de actionib. forensib. investigand. Sect. I. Membr. V. §. 3. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 769. Not. 1. und THIBAUT System des P. R. 2. B. §. 886. a. E.

53) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 15.

54) *L. 13. §. 2. D. de Usufructu.*

non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, Lege Aquilia non tenetur. Wäre die Klage aus dem Aquilischen Gesetz auch schon wegen einer schädlichen Unthätigkeit begründet, so wären die cautio usufructuaria und die cautio damni infecti überflüssig[55]). Nur in dem Falle ist durch die Auslegung der Römischen Rechtsgelehrten eine *actio utilis* ad exemplum Legis Aquiliae zugelassen worden, wenn die Unterlassung die Ursache ward, daß der Schade aus einer vorhergegangenen positiven Handlung entstand[56]), wie z. B. in dem Falle, wenn ein Chirurgus nach unternommener Operation die Cur vernachlässigte, oder ein Becker durch Heitzung seines Backofens, wegen Mangels der nöthigen Aufsicht, einen Brand veranlaßte, oder wenn Jemand die schädliche Handlung eines Andern zu verhindern unterließ, welche er aus Pflicht hätte hindern sollen, und können, von welchen Fällen die vom Hellfeld angeführten Gesetzstellen[57]) reden. Uebrigens sind die Fälle sehr mannigfaltig, in welchen das Aquilische Gesetz zur Anwendung kommt. Es können aus diesem Gesetz auch diejenigen belangt werden, welche zwar ein an sich erlaubtes Geschäft verrichten, aber dabey vorsätzlich, oder auch durch Unvorsichtigkeit und Ungeschicklichkeit Schaden thun. Z. B. Lehrmeister oder sonstige Vorgesetzte, welche ihre Lehrlinge und Untergebene durch unmäßige oder unvorsichtige

55) S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

56) HOFACKER Pincip. iur. civ. Tom. III. §. 3006.

57) *L. 8. pr. L. 27. §. 9. L. 44. §. 1. L. 45. pr. D. h. t.* Man vergleiche über diese Stellen SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. II. Cap. II. Sect. II. nr. 18. seqq. (bey MEERMAN Tom. II. pag. 92. seqq.)

sichtige Züchtigung beschädigen[58]). Beamte, wenn sie durch Excesse in der Amtsführung Schaden thun, ohne durch pflichtwidrige Widersetzlichkeit des Unterthans dazu veranlaßt worden zu seyn[59]). Bauleute, welche einen gehobenen Balken fallen lassen, Dachdecker, welche Ziegel von der Höhe herunterwerfen, ohne die Vorübergehenden zu warnen, und dadurch Schaden anrichten[60]). Aerzte, Wundärzte, Apotheker und Hebammen, welche schädliche Arzneyen verschreiben, oder machen, oder durch ungeschickte Operationen schaden[61]). Künstler und Professionisten, die dasjenige zerbrechen, was ihnen zu verarbeiten gegeben worden ist[62]). Fuhrleute, wenn sie durch ungeschicktes Aufladen, Fahren, oder Umwerfen Schaden thun[63]). Schiffer, welche ein anderes Schiff durch ungeschicktes Ansegeln beschädi-

58) *L. 5. §. 3. D. h. t.* Proponitur apud *Iulianum* species talis: sutor, inquit, puero discenti, ingenuo, filiofamilias, parum bene facienti, quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur. Dicit igitur *Iulianus*, injuriarum quidem actionem non competere, quia non faciendae injuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causa. An ex locato, dubitat: quia levis duntaxat castigatio concessa est docenti. Sed *lege Aquilia* posse agi non dubito. *L. 6. D. eod.* Praeceptoris enim nimia saevitia culpae adsignatur. Add. *L. 13. §. 4. D. Locati.* S. *Ger.* NOODT in Comm. ad L. Aquil. cap. 6.

59) *L. 29. §. 7. D. h. t. L. 13. D. de peric. et commodo rei vendit.*

60) *L. 11. §. 4. L. 31. D. h. t. §. 5. I. eodem.*

61) *L. 7. §. 6. et 7. L. 8. pr. L. 9. pr. D. h. t. §. 1. I. eodem.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 23.

62) *L. 27. §. 29. D. h. t.*

schädigen[64]). Reiter und Kutscher, welche ihre Pferde nicht gehörig regieren können[65]). Nicht minder diejenigen, welche erlaubte Spiele treiben, aber solche auf eine ungebührliche Art, an einem unschicklichen Orte, oder zur ungebührlichen Zeit unternehmen[66]). Besonders können auch diejenigen, durch deren Verwahrlosung eine Feuersbrunst entsteht, von den Bewohnern der dadurch abgebrannten Häuser mit der Klage des Aquilischen Gesetzes belangt werden[67]). Uebrigens kommt nichts darauf an, ob Jemand den Schaden unmittelbar selbst anrichtet, oder durch Anreitzen, Zureden oder Beystandleisten zur Beschädigung die Veranlassung giebt[68]).

Da es also immer nur widerrechtliche Handlungen sind, welche die Lex Aquilia vindicirt; so folgt hieraus,

1) daß diejenigen, die jener nicht fähig sind, auch nicht auf Schadensersatz belangt werden können. Aus diesem Grunde ist der Wahnsinnige nie, ein Unmündiger aber nur dann zum Ersatz verbunden, wenn er schon einer Culpa fähig ist.

L. 5.

63) *L.* 27. §. 33. *L.* 52. §. 2. *D. h. t. L.* 13. *pr. D. Locati.* S. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 17.

64) *L.* 29. §. 2. *D. h. t.* VOET h. t. §. 15.

65) §. 8. *I. h. t. L.* 8. §. 1. *D. eod. L.* 1. §. 5. *D. Si quadrupes pauperiem fecisse dicat.*

66) §. 4. *I. h. t. L.* 9. §. *ult. L.* 10. *D. eodem.*

67) *L.* 27. §. 7. 8. *et* 11. *D. h. t.* S. VOET h. t. §. 19. et 20. Hat Jemand einen Feuerungsplatz auf eine solche Art angelegt, daß er meinem Gebäude gefährlich ist, so kann ich zwar nicht ex Lege Aquilia klagen; allein ich kann eine cautio damni infecti fordern. *L.* 27. §. 10. *D. h. t.*

68) *L.* 7. §. 3. *L.* 9. §. 3. *et L.* 11. §. 5. *D. h. t.* VOET h. t. §. 25.

L. 5. §. 2. *D. h. t* sagt: Et ideo quaerimus, si *furiosus* damnum dederit, an Legis Aquiliae actio sit Et *Pegasus* negavit. *Quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit?* Et hoc est verissimum. *Cessabit igitur Aquiliae actio.* — Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si impubes id fecerit, *Labeo* ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum; et hoc puto verum, *si sit iam iniuriae capax.*

Viele wollen diese Stelle zwar nur so verstehen, als ob vermittelst der Lex Aquilia, als welche freylich immer eine culpa voraussetzt, kein Ersatz von einem furiosus gefordert werden könne. Allein deswegen trete doch nach andern Stellen auch bey diesem eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz ein, und zwar so, daß wenn der Schade, ohne Beziehung auf eine obligatio, geschehen ist, jener durch eine *actio in factum* eingeklagt werden könne. Diese Klage habe gerade alsdann Statt, wenn die eigentliche Klage aus dem Aquilischen Gesetz wegfällt. Man beruft sich deshalb auf folgende Gesetzstellen.

L. 46. *D. de obligat. et act.* Furiosus et pupillus, *ubi ex re actio venit*, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel *damnum in eo pupillus dederit.* Nam iudicio communi dividundo obligabuntur.

L. 33. §. 1. *D. h. t.* In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, *in factum datur actio.*

Allein man irrt sich gewaltig, wenn man meint, daß diese actio in factum ohne Unterschied Statt habe, die

Handlung, wodurch ein Schade angerichtet worden ist, möge ihrem Urheber zugerechnet werden können, oder nicht. Es erhellet vielmehr aus andern Gesetzstellen, daß die actio in factum, welche in den Fällen Statt haben soll, wo die Klage des Aquilischen Gesetzes wegfällt, ebenfalls voraussetze, daß demjenigen eine Schuld beyzumessen sey, wider welchen sie soll angestellt werden können. Cum non sufficiat, neque directa, neque utilis Legis Aquiliae actio, sagt Justinian[69]), placuit eum, *qui obnoxius fuerit*, in factum actione teneri. Es hat zwar keinen Zweifel, daß, wo eine obligatio ex re entsteht, auch der Wahnsinnige und der Unmündige, ohne Curator und Tutor verbunden sind. Daß dieses aber durch Schadenszufügung geschehen könne, sagt **Paulus** in der angeführten L. 46 der hier so genau unterscheidet, ausdrücklich nur von dem Pupillen, welcher allerdings, sofern er pubertati proximus ist, sich einer culpa schuldig machen, und also ex Lege Aquilia gehalten seyn kann[70]); aber keinesweges von dem furiosus, bey dem doch die Sache den meisten Zweifeln unterworfen ist. Was von einem furiosus gilt, muß aus gleichem Grunde auch von einem infans gelten. Von beyden sagt **Pomponius**[71]): Quod *infans*, vel *furiosus* possessor *perdidit*, vel *corrupit*, impunitum est. Soviel ist indessen gewiß, daß eine Klage auf Schadensersatz, und zwar aus eignen Mitteln, gegen diejenigen Statt

69) *§. ult. I. h. t.*

70) *L. 23. D. de furt.*

71) *L. 60. D. de Rei Vindic.* S. NOODT ad L. Aquil. cap. 10. SUAREZ *de* MENDOZA Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 2. (bey MEERMAN Tom. II. p. 17. sqq.) VOET h. t. §. 29. und Löhr Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 17. S. 101. ff.

Statt habe, welchen die Aufsicht über den Wahnsinnigen übertragen war, wenn ihnen eine Nachlässigkeit dabey zur Last fällt [72]).

2) Die Lex Aquilia findet keine Anwendung, wenn der Schade blos zufällig ist. Z. B. es zündet Jemand mit aller Vorsicht auf seinem Acker Feuer an, um Stoppeln zu verbrennen. Ein plötzlich entstandener Wind treibt das Feuer auf des Nachbars Grundstück, und verursacht einen Brandschaden. Hier findet keine Klage Statt. Si omnia, quae oportuit, observavit, et subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa, sagt Paulus [73]).

3) Auch ist derjenige außer aller Verantwortung, welcher so zu handeln berechtiget war, wie er wirklich gehandelt hat. Nemo enim damnum facit, sagt Paulus [74]) nisi qui id fecit, *quod facere ius non habet.* Dahin gehört,

a) wenn man, um sich gegen die Gewaltthätigkeiten Anderer zu schützen, denselben schadet, ohne dabey die Grenzen der Vertheidigung zu überschreiten. Die Art des Angriffs ist ganz gleichgültig. Es kann sich auch die Vertheidigung bis auf Tödung des Angreifenden erstrecken, wenn

72) *L. 14. D. de officio Praesid.* S. STRYK Us. mod. Pand. Lib. IX. Tit. 1. §. 2.

73) *L. 30. §. 3. in fin. D. h. t.* Add. *§. 3. I. eod. L. 29. §. 3. et L. 52. §. ult. D. eodem.* Vid. de MENDOZA Lib. I. Cap. II. Sect. VII.

74) *L. 151. D. de Reg. iuris.* S. MENDOZA Comment. Lib. I. cap. II. Sect. I. und von Löhr Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 16.

wenn kein anderes Mittel vorhanden war, der Gefahr zu entgehen [75]).

L. 4. pr. et §. 1. *D. h. t.* sagt: Si servum tuum latronem, insidiantem mihi, occidero, securus ero. *Nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.* — Lex duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit [76]): ut tamen id ipsum cum clamore testificetur. Interdiu autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: ut tamen aeque cum clamore testificetur.

L. 5. pr. D. eodem. Sed et si quemcunque alium ferro se petentem quis occiderit, non videbitur iniuria occidisse: *et si metu quis mortis furem occiderit, non dubitabitur, quin Lege Aquilia non teneatur.* Sin autem, cum posset adprehendere, maluit occidere, magis est, ut injuria fecisse videatur: ergo et *Cornelia* tenebitur [77]).

Habe

75) Man sehe hier Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 37. u. §. 38. der 4. Aufl.

76) CICERO *pro Milone* c. 3. GELLIUS *Noct. Attic.* Lib. XI. c. 18. MACROBIUS *Saturnal.* Lib. I. cap. 4. Man sehe auch *Ev.* OTTO de Legg. duodecim Tabularum. Cap. VIII. (in *Praefat.* Tom. III. *Thes. iur. Rom. praem.* pag. 30.)

77) *Ger.* NOODT Probabil. Lib. I. c. 9. und in Comm. ad Leg. Aquil. Cap. 9. hält die Leseart hier für fehlerhaft, und will statt *Cornelia*, von welcher hier gar die Frage nicht sey, *Aquilia* lesen. Allein für die Richtigkeit der Leseart bürgt nicht nur die Uebereinstimmung derselben mit der *Collatio Legg. Mosaic. et Roman.* Tit. VII. §. 3. sondern auch eine andere, ebenfalls aus Ulpians *Lib. 18. ad Edictum* genommene Stelle, *L. 23. §. 9. D. ad Leg. Aquil.* Ueberdem deuten die Worte: *maluit occidere,*

Habe ich bey meiner Vertheidigung aus Versehen einen Dritten unschuldigen geschadet, so bin ich ex Lege Aquilia zur Schadloshaltung verbunden.

L. 45.

dere, offenbar auf einen Fall hin, wo der Tödende mit Ueberlegung handelte. Mit Recht konnte also Ulpian sagen, daß auch die *Lex Cornelia* hier zur Anwendung komme. Es sind auch die Worte *magis est, ut injuria fecisse videatur*, dieser Erklärung gar nicht entgegen. Denn was nöthiget uns denn, unter *injuria* hier gerade nur eine culpa zu verstehen? Das Wort *iniuria* begreift ja auch den dolus unter sich. *§. 14. l. h. t.* Die Basiliken haben zwar das *Princ.* der *L. 5.* nicht, Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 43. Allein der griechische Scholiast hat die ganze Stelle ad L. 3. Tit. 3. pag. 67. wo sie so lautet: Εἰ δὲ καὶ τὸν ἔιτινα δήποτε μετὰ σιδήρȣ μοι ἐπιόντα πρωφθάσας ἀνέλω, ȣ̓ δοκῶ ἀδίκως ἀναιρεῖν αὐτόν. Εἰ δὲ καὶ φοβηθεὶς τὸν ἐκ τῆς κλέπτȣ θάνατον ἀνέλω, οὐ κατέχομαι τῷ Ακουιλίω. Ἐὰν δε δυνάμενος κατασχεῖν ακινδύνως τον κλέπτην, και παραδοῦναι ἀυτὸν, ἠβȣλήθην μᾶλλον ἀνελεῖν αὐτὸν, ἐπει ἀδικως ἀυτόν φονέυω Κορνελίω τῷ ἀνδροφονίας κατέχομαι. i. e. *Sed si quemcunque, cum ferro irruentem in me, praeveniens occidero, non videor iniuria occidere. Et si timens, ne me fur occideret, eum occidero, non teneor Aquilia. Sin autem, cum possem sine periculo furem retinere, et tradere, maluero occidere, quia iniuria occidi, Cornelia de caede teneor.* Man vergleiche übrigens *Io. van de* WATER Observat. iuris Rom. Lib. I. cap. 18. *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad Lib. IX. L. 5. pr. D. h. t. pag. 406. sq. *Christfr.* WAECHTLER Notae ad *Noodtii* Prob. iur. civ. Lib. I. c. 9. in *Opuscul.* pag. 215. sqq. *Ant.* SCHULTING ad Mosaic. et Rom. LL. Collat. Tit. VII. §. 3. not. 14. in *Iurisprud. Antejustin.* pag. 760. und von Löhr Theorie der Culpa 2. Abschn. §. 16. Not. 2. S. 93. ff.

L. 45. §. 4. *D. h. t.* Qui, cum aliter tueri ſe non poſſunt, damni culpam dederint[78]), innoxii ſunt. *Vim enim vi defendere omnes leges, omniaque iura permittunt.* Sed ſi, defendendi mei cauſa, lapidem in adverſarium miſero, ſed non eum, ſed praetereuntem percuſſero, *tenebor Lege Aquilia.* Illum enim ſolum, qui vim infert, ferire conceditur; et hoc, ſi tuendi duntaxat, non etiam ulciſcendi cauſa factum ſit.

b) Wenn bey einer entſtandenen Feuersbrunſt ein Gebäude niedergeriſſen wird, ehe es noch von der Flamme ergriffen war, um dem Feuer Einhalt zu thun, und fernerem Schaden vorzubeugen. Daß die Policeyobrigkeit dazu berechtiget ſey, iſt keinem Zweifel unterworfen. Nur darüber ſtritten die Römiſchen Rechtsgelehrten, ob dieſes Recht auch einem Privatmanne zuſtehe. **Labeo** und **Servius** ſprachen ihm dies Recht völlig ab, und erklärten ihn, wenn wirklich Schaden entſtanden iſt, d. i. wenn das Feuer früher gelöſcht worden, als es zu dem niedergeriſſenen Gebäude drang, zum Erſatz deſſelben verbindlich. **Celſus** und **Ulpian** räumten es ihm hingegen ein. Die Meinung der letztern, ohnehin die ſpätere, und vielleicht deswegen die billigere, iſt durch die Aufnahme des K. Juſtinians in die Pandecten für uns die geſetzliche geworden.

L. 49. §. 1. *D. h. t.* Quod dicitur damnum iniuria datum Aquilia perſequi, ſic erit accipiendum, ut videatur damnum injuria datum, quod cum damno inju-

78) Unſer Cod. Pandectar. Mſpt. lieſet hier: *damnum culpa dederunt.* Eben ſo Haloander. Baudoza aber *damnum culpa dederint.*

injuriam attulerit: nisi, *magna vi cogente*, fuerit factum, ut *Celsus* scribit circa eum, qui *incendii arcendi gratia*, vicinas aedes intercidit, *nam hic scribit cessare Legis Aquiliae actionem.* Iusto enim metu ductus, ne ad se ignis perveniret, vicinas aedes intercidit; *et sive pervenit ignis, sive ante extinctus est, existimat, Legis Aquiliae actionem cessare.*

L. 7. §. 4. D. Quod vi aut clam. Est et alia exceptio, de qua *Celsus* dubitat, an sit obiicienda, (d. h. von welcher Celsius glaubt, daß sie opponirt werden könne)[79]) utputa si *incendii arcendi causa* aedes intercidi, et quod vi aut clam mecum agatur, aut *damni injuria. Gallus* (vielleicht *Celsus*)[80]) enim dubitat, an excipi oporteret, *quod incendii defendendi causa factum non sit? Servius* autem ait, *si id magistratus fecisset*, dandam esse. *Privato non esse idem concedendum*, si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, simpli litem aestimandam, *si pervenisset*, *absolvi eum oportere. Idem ait esse, si damni injuria actum foret: quoniam nullam injuriam aut damnum dare videtur, aeque perituris aedibus.* Quodsi nullo incendio id feceris, deinde postea incendium ortum fuerit: non idem erit dicendum, quia non ex postfacto, sed ex praesenti statu, damnum factum sit, nec ne, aestimari oportere *Labeo* ait.

L. 3.

79) Die Richtigkeit dieser Erklärung ergiebt sich schon aus der vorhergehenden Stelle: noch mehrere Beweise hat NOODT ad L. Aquiliam cap. 19. Der Ausdruck *dubitat an*, für *non dubitat* kommt öfters vor. *L. 5. §. ult. D. h. t.* S. NOODT cit. libr. cap. 6. *Oper.* T. I. pag. 145.

80) S. NOODT locis citt.

L. 3. §. 7. *D. de incendio ruina naufr.* Quod ait Praetor de damno dato, ita demum locum habet, si *dolo malo* damnum datum sit, nam si dolus malus absit, cessat Edictum. Quemadmodum ergo procedit, quod *Labeo* scribit, si defendendi mei causa, vicini aedificium orto incendio dissipaverim: et meo nomine, et familiae, iudicium in me dandum? cum enim defendendarum mearum aedium causa fecerim, utique dolo careo: *puto igitur non esse verum, quod Labeo scribit. An tamen Lege Aquilia agi cum hoc possit? et non puto agendum; nec enim injuria hoc fecit, qui se tueri voluit, cum alias non posset*; et ita *Celsus* scribit.

Alle drey Fragmente sind von **Ulpian**. Viele glauben jedoch, daß die *L.* 49 *h. t.* der *L.* 7. *Quod vi* widerstreite. Suarez de Mendoza [81]), Voet [82]) und **Ulrich Huber** [83]) suchen daher den Widerspruch dadurch zu heben, daß sie sagen, die *L.* 49. rede bloß von der Klage des Aquilischen Gesetzes. Diese falle hier ganz weg, wenn das Feuer auch früher wäre gelöscht worden, als es bis zu dem niedergerissenen Gebäude drang. Weil hier kein damnum iniuria datum vorhanden sey. Allein nach der *L* 7. habe das Interdictum Quod vi aut clam Statt, wenn das niedergerissene Haus dem menschlichen Anscheine nach vom Feuer nicht würde ergriffen worden seyn. Weil jedoch die *L.* 7 ausdrücklich auch der Klage des Aquilischen Gesetzes Erwähnung thut, so erklären Thomasius [84]) und Po-

81) Comment. ad Leg. Aquil. Lib. I. cap. II. Sect. 6.

82) Commentar. ad Pand. h. t. §. 28.

83) Praelect. ad Pand. h. t. §. 1.

84) Ad *Huberum* cit. loc. in *Schol.*

Pothier[85]) die *L.* 49 vielmehr von dem Falle, wenn eine gegründete Besorgniß vorhanden war, daß das Feuer noch bis zu dem niedergerissenen Gebäude hätte vordringen können, die *L.* 7. hingegen von dem Falle, da das Niederreißen des von der Flamme noch nicht ergriffenen Gebäudes aus einer eitlen Furcht geschahe. Nur in dem letzten Falle finde eine Klage auf Schadensersatz statt, wenn allem Ansehen nach das Feuer gar nicht bis zu diesem Gebäude würde gekommen seyn. Allein durch eine Absonderung der verschiedenen Meinungen, welche **Ulpian** in den angeführten Fragmenten vorträgt, läßt sich, wie **Löhr**[86]) gezeigt hat, aller vermeintliche Widerspruch leicht heben. Daß **Ulpians** Meinung für die gesetzlich angenommene zu halten sey, erhellet auch aus den Basiliken[87]), wo die *L.* 49. §. 1. *h. t.* so ausgedruckt ist: Ο Ακουΐλιος ἄδικον ἐπιζητεῖ ζημίαν. Εἰ δέ τις εμπρησμου γενομένου διὰ τὸ σῶσαι τόν ἴδιον οἶκον κατασρέψη τὸν τῦ γείτονος, ἀργεῖ ὁ Ακουΐλιος, ἔιτε το πῦρ ἔφθασεν, ἔιτε προεσβέσθη. i. e. *Aquilia damnum iniuria datum requirit. Quodsi quis incendio orto, suae domus servandae causa, vicinam intercidat, cessat Aquilia, sive pervenerit ignis, sive extinctus sit.*

c) Wenn Jemand in Gemäßheit seines Amts handelt, so ist er, so lange dies wirklich der Fall ist, für die Folgen seiner Handlungen nicht verantwortlich. Daher ist der Beamte, der gegen einen Widerspenstigen strenge zu verfahren genöthiget wird, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen nicht verbunden.

85) Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXVIII. not. f.

86) Theorie der Culpa 2. Abschn. §. 16. S. 95. ff. Man s. jedoch auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius. civ. contr. h. t. Qu. 9. not. v.

87) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 62. nach Fabrot.

L. 29. §. 7. *D. h. t.* Si quid magiſtratus adverſus reſiſtentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia [88]). Nam et cum pignori ſervum cepiſſet, et ille ſe ſuſpenderit, nulla datur actio.

§. 701.

Zweytes Erforderniß des Aquiliſchen Geſetzes. Unmittelbare Verletzung einer körperlichen Sache. Ausdehnung der L. A. auf mehrere Fälle. Daher entſtehende Verſchiedenheit der Klagen.

Die Lex Aquilia vindicirte aber bey weitem nicht jede Beſchädigung, die durch widerrechtliche Handlungen geſchieht. Sie ſetzte unmittelbare Verletzung einer fremden körperlichen Sache voraus, das heißt eine ſolche Beſchädigung, welche durch körperliche Einwirkung geſchehen iſt. Julian ſagt *L.* 51. *pr. D. h. t.*

Lege Aquilia is demum teneri viſus eſt, qui *adhibita vi*, et *quaſi manu* cauſam mortis praebuiſſet.

Eben ſo Juſtinian §. *ult. I. h. t.*

Placuit, ita demum directam ex hac Lege actionem eſſe, *ſi quis praecipue corpore ſuo damnum dederit.*

In der Folge erhielt ſie jedoch theils durch die Interpretation der Römiſchen Rechtsgelehrten, theils durch das Edict des Prätors in der Anwendung einen ſehr ausgedehnten Umfang. Man führte nämlich, als Supplemente der actio Legis Aquiliae, actiones utiles und in factum ein,

88) Quia magiſtratus non iniuria fecit, ſagt NOODT ad Leg. Aquil. cap. 6. quod iuris exequendi cauſa fecit.

ein, welche nun in allen Fällen, wo man mit der Klage des Aquilischen Gesetzes nicht auslangte, und widerrechtlich geschadet worden, gebraucht werden konnten. Sehr treffend sagt **Pomponius** *L.* 11. *D. de praescriptis verb. et in factum action.*

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quae Legibus proditae sunt, si Lex iusta ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod Legi deest. *Quod facit in Lege Aquilia, reddendo actiones in factum, accommodatas Legi Aquiliae:* idque utilitas eius Legis exigit.

Desgleichen **Paulus** *L.* 33. *§.* 1. *D. h. t.* In damnis, quae *Lege Aquilia* non tenentur, *in factum datur actio.*

Vorzüglich aber gehört noch hierher die Stelle aus *§. ult. I. h. t.* wo **Justinian** sagt:

Ideoque in eum, qui alio modo (scil. quam *corpore suo*) damnum dederit, *utiles actiones dari solent:* veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur; aut iumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur; aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendo, vel descendendo, aut mortuus, aut aliqua parte corporis laesus fuerit: *utilis actio in eum datur.* Sed si quis alienum servum de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eo quod projecit, *corpore suo damnum dedisse,* non difficulter in-

 telligi

telligi potest: ideoque *ipsa Lege Aquilia tenetur.* Sed si non *corpore* damnum fuerit datum, *neque corpus laesum fuerit*, sed *alio modo* alicui damnum contigerit: cum non sufficiat, neque directa, neque utilis Legis Aquiliae actio, placuit eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione teneri*: veluti si quis misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

Nach dem Inhalt dieser Gesetzstellen sind also drey verschiedene Fälle in Absicht auf die Art der Beschädigung zu unterscheiden, um die verschiedenen Benennungen der auf die Lex Aquilia sich beziehenden Entschädigungs-Klagen zu erklären.

1) Die Verletzung einer körperlichen Sache ist unmittelbar durch körperliche Einwirkung und thätlichen Angriff auf dieselbe geschehen. Z. E. es hat mir Jemand meinen Hund widerrechtlich todgeschossen [89]). Hier hat *actio Legis Aquiliae directa* Statt.

2) Die Verletzung der fremden körperlichen Sache ist ohne körperliche Einwirkung des Thäters blos mittelbar durch gegebene Veranlassung [90]), oder durch Consumtion einer fremden fungiblen Sache geschehen [91]). Hier hat *actio utilis ex Lege Aquilia* Statt. Z. B. es hat Jemand eines Andern Thier eingesperrt, und verhungern lassen; oder durch seine Schuld hat sein Thier einem Andern geschadet;

89) S. Günth. Heinr. von Berg Jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nro. XVI. S. 260. ff.

90) *L. 7. §. 6. L. 30. §. 3. D. h. t. L. 53. D. eod.*

91) *L. 30. §. 2. D. eod.* Si quis alienum vinum vel frumentum consumserit, non videtur damnum iniuria dare: ideoque *utilis* danda est actio. S. NOODT ad L. Aquil. cap. 15.

schadet; oder es hat Jemand aus Versehen eines Andern Wein oder Getraide consumirt.

3) Es ist dem Andern zwar in Rücksicht seiner Sache, aber ohne Verletzung derselben, ein Schaden zugefügt worden. Z. B. es hat mir Jemand ein Thier aus meiner Gewahrsam entkommen lassen. Hier hat blos eine vom Prätor der Billigkeit wegen eingeführte *actio in factum* Statt [92]).

Es ist jedoch noch zu bemerken, daß die *actio Legis Aquiliae utilis* zuweilen auch *actio in factum* in den Gesetzen [93]) genennt wird. Deswegen aber beyde Klagen für eine und ebendieselbe zu halten, wie **Meister** [94]) will, läßt sich nicht füglich behaupten. Denn die aus den Institutionen angeführte Stelle beweißt zu klar das Gegentheil. Auch **Theophilus** unterscheidet die Klagen genau in seiner griechischen Paraphrase *ad* §. 16. *I. h. t.* [95]) wenn er sagt:

Κανόνι δὲ γενικῷ δεῖ περιλαβεῖν, πότε ὁ δίρεκτος Ακουίλιος ἁρμόσει πότε δὲ ὁ ὐτίλιος. Καὶ τέως ἐιδέναι χρὴ, ὅτι ὁ νόμος ἑαυτόν δίδωσιν, ἐπειδὰν ἀδικηθῇ σῶμα, ἀλλ' εἰ μὲν

92) Beyspiele kommen vor *L.* 49. *pr. D. h. t. L.* 27. §. 14. *D. eodem. L.* 7. §. 7. *D. de dolo malo.* S. SUAREZ de MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 8. und *Io. Ortw.* WESTENBERG de Causis obligationum Dissert. V. Cap. IV. §. 11. sqq.

93) *L.* 9. *pr. L.* 29. §. 7. *L.* 53. *D. h. t. L.* 51. *D. de furt.* S. SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 7. nr. 11. pag. 164.

94) Diss. de in factum actionibus Cap. III. §. 40 — §. 44. (in *Opuscul.* pag. 398. sq.)

95) Tom. II. pag. 766. der Reitzischen Ausgabe.

ἐκ σώματος ἡ βλάβη προσγενήσεται, τυχὸν γὰρ ψιλαῖς ταῖς ἐμαυτȣ̃ χερσὶν, ἢ μετὰ ξύλȣ ἢ λίθου, ἢ ἑτέρου τινὸς ὀργάνου, πλήξας ἀνεῖλον ἢ ἐτραυμάτισα, δίρεκτος ὁ Ἀκȣίλιος ἁρμόσει. Εἰ δέ σῶμα μὲν ἠδικήθη, ȣ̓κ ἀπὸ σώματος δὲ γέγονεν ἡ βλάβη, δίδοσθαι τὸν ὀυτίλιον Ἀκȣίλιον χρή: οἷον, τὸν ἐμόν τις οἰκέτην, ἢ τὸ ἐμὸν πέκους, ἐνέκλεισεν ἐπὶ χρόνον τοσȣ̃τον, ὥστε λιμῷ διαφθαρῆναι. — Εἰ δὲ μηδὲ σώματί τις ἔβλαψεν, οὐδὲ σῶμά ἐςι τὸ ἀδικηθὲν, ζημία δέ τις προσγέγονεν ἐμοὶ, ἀργοῦντος τȣ̃ διρέκτȣ, ἐπειδὴ ὀυκ ἀπὸ σώματος, καὶ ὀυτιλίου δέ, διὰ τὸ μὴ ἀδικηθῆναι σῶμα ἤρεσε τὸν ζημιώσαντα ὑποπίπτεν τῇ in factum. οἷον, τὸν ἐμὸν ὀικέτην, ὡς ἁμαρτανοντα τι, δεσμοῖς περιέβαλον· τȣ̃τον ἕτερος ὀικτῳ καὶ φιλανθρωπίᾳ κινηθεὶς, ἐιδὼς ὅτι φεύξεται, λύσας ἀφῆκε τῶν δεσμῶν. i. e. *Ast generali regula comprehendendum est, quando* *d i r e c t a* *Lex Aquilia competat, quando* *u t i l i s: et primo sciendum est, Legem se ipsam dare, quum corpus laesum fuerit, si tamen a corpore damnum processerit, forte enim nudis meis manibus, aut ligno vel lapide, aut alio quo instrumento percutiens occidi aut vulneravi,* *A q u i l i a d i r e c t a* *competet. Si corpus quidem laesum, sed damnum a corpore non factum fuit,* *u t i l e m A q u i l i a m* *dari oportet: veluti aliquis servum meum vel pecus meum tanto tempore inclusit, ut fame perimeretur. — Quod si quis neque corpore laesit, neque corpus laesum est, sed damnum mihi aliquod evenit, cessante* *d i r e c t a,* *quia non a corpore processit, sed et* *u t i l i,* *quia corpus non est laesum, placuit laedentem* *a c t i o n i i n f a c t u m* *subiacere. Veluti, servum meum, ut qui quid deliquit, vinculis constrinxi: hunc alius misericordia et humanitate motus, fugiturum esse sciens, vinculis solutum dimisit.*

Wie aber diese Klagen eigentlich von einander unterschieden sind, darüber sind die Rechtsgelehrten nicht einig. Einige

Einige[96]) setzen den Unterschied darin, daß die *actio Legis Aquiliae utilis*, wie die aus dem Gesetz selbst entspringende Klage, eine actio ex delicto vel quasi delicto sey, die *actio in factum* aber aus der bloßen Billigkeit entstehe. Jene sey daher eine Pönalklage, wie aus *L.* 5. *C. h. t.*[97]) verglichen mit *L.* 2. §. 20. *D. de vi bonor. raptor.* erhelle; diese eine bloße actio rei persecutoria. Allein dieser Unterschied scheint mir nicht gegründet zu seyn. Die *actio in factum* wird in den Gesetzen eben so, wie die *actio Legis Aquiliae utilis*, behandelt. Daher die häufige Verwechselung dieser Benennungen, welche bereits oben bemerkt

96) *Io. Ortw.* WESTENBERG de Causis Obligation. Dissertat. V. Cap. IV. §. 14. sqq. inprimis §. 33. *Iust. Henning* BOEHMER Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. XI. §. 23. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Quaest. 12. not. a. Tom. II. pag. 75.

97) *L.* 5. sagt: De pecoribus tuis, quae per injuriam inclusa fame necata sunt, vel interfecta, *Legis Aquiliae* actione in duplum agere potes. Daß das Gesetz von der poena inficiationis zu verstehen sey, erhellet aus den *Basilic.* Lib. LX. Tit. 3. Constit. 62. Ο θρέμματα ἀποκλείσας ἢ λιμῷ διαφθείρας, κατέχεται τῷ Ακουιλίῳ ἐξ ἀρνήσεως διπλασιαζομένῳ. i. e. *Qui pecudes inclusit, vel fame necavit, tenetur Aquilia, ex inficiatione duplanda.* Die bey Fabrot Tom. VII. pag. 65. noch folgenden Worte: Καὶ σημείωσαι, ὅτι καὶ ὁ ὡρισμένος Ακουίλιος και τῶν διπλασιαζομένων ἐςί. Πολλοὶ γὰρ τῆ εναντία δόξῃ κεκράτηνται, τὸ νόμιμον ταύτης τῆς διάταξεως αγνοοῦντεσ. i. e. *Et nota, quod utilis etiam Aquilia duplatur. Multi enim contraria opinione ducuntur, huius constitutionis ius ignorantes*; sind, wie SUAREZ in Comm. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. V. Sect. I. nr. 17. et 18. ganz richtig bemerkt, blos eine in den Text eingeschlichene Note des Thaleläus.

worden ist. Es läßt sich auch aus der bloßen Benennung der actio in factum eben so wenig, als daraus, daß sie eine prätorische Klage ist, folgern, daß sie bloß persecutorisch seyn müsse. Denn es giebt, wie schon Suarez[98]) bemerkt hat, mehrere prätorische actiones in factum, welche Pönalklagen sind. Man denke z. B. an die actio in factum de dejectis et effusis, ferner an die actio in factum ex Edicto de turba[99]). Andere[100]) geben daher folgende unterscheidende Merkmale an. 1) Die *actio in factum* setze immer einen Dolus, oder ein grobes Versehen voraus. Denn alle Texte, in welchen dieser Klage gedacht wird, reden entweder von einem dolus, oder von einer culpa lata[1]). Der Prätor bestrafe auch nur den dolus[2]). Allein die *actio utilis ex Lege Aquilia* habe Statt, wenn dem Beklagten auch nur eine culpa levissima zur Last falle. 2) Die *actio in factum* erlösche, als eine actio praetoria, in einem Jahre, die *actio utilis* aber, als eine actio civilis, erst in 30 Jahren. Allein auch diesen Unterschied halte ich eben so wenig den Gesetzen gemäß. Denn 1) sagt Paulus *L.* 33. §. 1. *D. h. t.* ganz allgemein: In damnis, quae Lege Aquilia non tenentur, *in factum* datur *actio*; und Pomponius bemerkt insonderheit *L.* 11. *D. de praescr. verb.* die *actio in factum* sey *Legi Aquiliae accommodata.*

Ist

98) Comment. ad L. Aquil. Lib. III. Cap. V. Sect. I. nr. 16. pag. 158.

99) *L.* 4. §. 11. *D. de vi bonor. rapt.*

100) de COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

1) *§. fin. I. h. t. L.* 49. *pr. D. eod. L.* 55. *§. fin.* D. *de acquir. rer. domin. L.* 7. §. 7. *D. de dol. malo.*

2) *L.* 1. §. 1. *D. Si mensor. fals. mod. dix.*

Ist nun also die actio in factum der Klage aus dem Aquilischen Gesetz völlig nachgebildet, so kann es wohl bey derselben eben so wenig auf einen gewissen Grad der Culpa ankommen, als bey der actio ex Lege Aquilia [3]). Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß prätorische Pönalklagen sonst nur ein Jahr dauern [4]). Allein ein sehr wichtiger Grund wider die Anwendung dieser Regel, die ohnehin nicht ohne Ausnahme ist [5]), auf unsere actio in factum, daß diese auch in so kurzer Zeit erlösche, liegt in dem gänzlichen Stillschweigen der Römischen Juristen, deren Fragmente auf uns gekommen sind. Verbindet man nun damit noch den Umstand, daß diese actio in factum der actio Legis Aquiliae völlig nachgebildet ist, und daß die Grenze zwischen der actio utilis und in factum so sehr schwankend ist, so läßt sich gewiß mit vollkommenen Grund behaupten, daß beyde Klagen dieselbigen Eigenschaften und auch dieselbe Dauer haben [6]). Aus allem ergiebt sich also soviel, daß diese Klagen weder in Ansehung ihrer Wirkung, noch Dauer von einander verschieden sind, wie auch **Everh. Otto** [7]) und **Egid von Löhr** [8]) mit Recht behaupten.

3) S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 26. und EMMINGHAUS ad *Coccejum*. h. t. Qu. 12. not. z.

4) *L. 35. pr. D. de obligat. et action. L. 7. §. 2. L. 9. D. Quod falso tut. auct. L. 9. §. 8. D. de reb. auct. iud. possid.*

5) Z. B. die actio praetoria de servo corrupto ist eine actio poenalis et perpetua. *L. 13. pr. D. de servo corrupto.*

6) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 18. S. 115.

7) Commentar. ad §. 16. I. h. t. nr. 4.

8) Theorie der Culpa 2. Abschn. §. 14. S. 84. ff. und §. 18. S. 115. ff.

Der einzige Unterschied jener drey Klagen, die die Römer so sorgfältig trennen, scheint also nur in dem verschiedenen gerichtlichen Verfahren zu bestehen, das bey denselben Statt hatte. Dies läßt sich auch aus *L.* 47. §. 1. *D. de negot. gest.* schließen, wo gesagt wird:

Nec refert, *directa* quis, an *utili actione* agat, vel conveniatur: *quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est: maxime, cum utraque actio eiusdem potestatis est, eundemque habet effectum.*

Da nun bey uns alle iudicia in dem angegebenen Sinn extraordinaria sind, so fällt heut zu Tage aller practischer Unterschied der gedachten Klagen nach dem Urtheile der practischen Rechtsgelehrten[9]) hinweg.

§. 702.

Drittes Erforderniß des Aquilischen Gesetzes. *Damnum aestumabile.* Bestimmung des Interesse.

Eine wesentliche Bedingung dieser Klagen ist jedoch die, daß der verursachte Schaden das Vermögen des Beschädigten betreffe, und einer bestimmten Schätzung fähig sey. Ist dies nicht der Fall, so muß mit dem Gegenstande natürlich auch die Klage selbst wegfallen. Die Klage aus dem Aquilischen Gesetz findet daher nicht Statt, wenn ein freyer Mensch widerrechtlich getödet worden ist. Denn hier

9) S. STRYK us. mod. Pand. h. t. §. 6. BRUNNEMANN in Comm. ad L. 7. nr. 11. ad L. 9. nr. 1. et ad L. 11. nr. 14. D. h. t. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XIX. §. 60. MÜLLER ad *Struvium* Exercitat. XIV. Th. 27. not. β. BOEHMER iur. Digestor. h. t. §. 3. u. a. m.

hier ist keine Schätzung, und also auch kein Ersatz möglich [10]). Nach dem ältern teutschen Rechte konnte zwar der Todschläger zur Bezahlung eines sogenannten Wehrgeldes angehalten werden, welches der beleidigten Familie des Entleibten zu ihrer Genugthuung gebührte [11]). Allein an den mehresten Orten ist dieses aufgehoben, und wo es noch im Gebrauch ist, wird es, nach einer gewissen festgesetzten Größe, nur noch in dem Falle entrichtet, wenn der Todschläger mit der Todes- oder einer peinlichen Leibesstrafe verschonet wird, und die Entleibung nicht sowohl in einem Vorsatze, als in der bloßen Fahrlässigkeit ihren Grund hat [12]). Dagegen aber hat es keinen Zweifel, daß den unversorgten Kindern, so wie auch der Witwe des Getödeten, insofern sie dadurch ihres Versorgers wirklich beraubt worden sind, und ihr eigenes Vermögen zu ihrer Verpflegung nicht zureicht, das Recht zusteht, mittelst der actio Legis Aquiliae utilis, oder in factum, standesmäßigen Unterhalt zu fordern, und dieser gebührt ihnen als Entschädigung, die Entleibung mag mit Vorsatz, oder durch eine Unvorsichtigkeit des Thäters geschehen seyn, wenn auch nur die geringste Fahrlässigkeit daran Theil haben sollte. Es wird dabey in Rücksicht der Größe desselben auf

10) Ulpian sagt *L. 1. §. 5. D. de his, qui effuder.* In homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, cum periit.

11) S. HERTII Diss. de herede occisi vindice; in EIUS *Commentat. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. *Abr.* KAESTNER Diss. de Werigeldo. *Lipsiae 1742.* HEINECCII Elem. iuris german. T. II. §. 22. 23. et §. 248.

12) S. BERGERI Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 41. not. 1. und HAUBOLD ad *Eundem* c. l. not. t. KOCH Institut. iur. crimin. §. 464.

auf des Entleibten Alter und Leibeskräfte, nicht minder auf den Ertrag seines Verdienstes; in Rücksicht der Dauer aber auf die wahrscheinliche Lebensdauer des Getödeten gesehen, und dasselbe auf solche Art nach der Billigkeit und dem richterlichen Ermessen bestimmt [13]).

Ist ein freyer Mensch verwundet worden, so kann zwar kein Ersatz für die ihm an seinem Körper zugefügte Beschädigung, also kein Schmerzengeld, auch keine Vergütung wegen entstandener Verunstaltung, nach dem Römischen Rechte gefordert werden [14]); sondern dem Beschädigten wird nur eine *actio Legis Aquiliae utilis* gestattet, vermöge welcher er den Ersatz der Cur- und Heilungskosten, und dessen, was er während der Cur in seinen Geschäften versäumt hat, oder noch in der Folge hätte verdienen

13) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. WESTENBERG de Caussis Obligation. Diss. V. Cap. IV. §. 35. et §. 36. Struben rechtliche Bedenken 4. Th. Bed. 72. Meister rechtliche Erkenntnisse und Gutachten in peinl Fällen 1. Th. Decis. XXXV. nr. 31. KOCH Institut. iuris crimin. §. 464. in fin. WERNHER lectissim. Commentatt. in Pandect. h t. §. 9. pag. 371. und vorzüglich Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien 4. Bd. Nr. XIV. oder Nr. LIX. der neuern Ausgabe. Ebenderselbe in den rechtlichen Bemerkungen 1. Th. Nr. CI. Zwar ist de COCCEJI in jure civ. controv. h. t. Qu. 1. anderer Meinung. Man sehe aber EMMINGHAUS ad *Eundem* not. x.

14) *L. ult. D. de his, qui effud. vel dejec.* Cicatricum autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem. Doch findet deshalb die *actio iniuriarum aestimatoria* Statt. *§. 9. I. de iniur. L. 7. §. 8. in f. D. eod.* S. *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. IX. ad L. ult. D. de his, qui effud. §. 2. pag. 422.

nen können, wenn er nicht durch die erlittene körperliche Verletzung zur Arbeit untauglich geworden wäre, fordern kann[15]).

Es ist nun noch insonderheit zu zeigen übrig, wie der Schaden, auf dessen Ersatz die gedachten Klagen angestellt werden können, zu bestimmen sey? und hier ist zuvörderst zu bemerken, daß nicht blos auf den Werth der beschädigten Sache allein, sondern auch auf alles übrige Interesse Rücksicht genommen werde, mithin nicht nur der positive, sondern auch der negative Schade in Betrachtung komme, in sofern man nämlich auf den entzogenen Gewinn mit Gewisheit rechnen konnte[16]).

L. 21. §. 2. *D. h. t.* Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, cum occideretur: an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? *Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio.*

Wenn

15) *L.* 13. *pr. D. h. t.* Liber homo suo nomine *utilem Aquiliae* habet *actionem*: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. — *L.* 3. *D. Si quadrupes.* Sed impensarum in curationem factarum, et operarum amissarum, quasque amissurus quis esset, inutilis factus. — *L. ult. D. de his, qui dejec.* Cum liberi hominis corpus — laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas caeteraque impendia, quae in curatione facta sunt: praeterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est, ob id, quod inutilis factus est. Man vergleiche VOET Comment. h. t. §. 11. NOODT ad Leg. Aquil. Cap. 2. KOCH Institut. iur. crim. §. 426. Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1057. und Conci Abhandl. von der körperlichen Verletzung und der Verbindlichkeit den zugefügten Schaden zu ersetzen. Wien 1784.

16) Man sehe hier vorzüglich SUAREZ *de* MENDOZA Commentar. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. et Sect. I — III.

Wenn daher z. B. aus einem gleichen zwey- oder vierspännigen Zuge ein Pferd widerrechtlich von Jemand getödet worden ist, so kommt nicht blos der Werth dieses Stücks in Anschlag, sondern es kann auch zugleich auf Ersatz dessen geklagt worden, was die übrigen Pferde nun *als* vereinzelt am Werth verloren haben.

L. 22. *D. h. t.* Proinde, si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi: utilitas venit in hoc iudicium. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit. *Non solum enim peremti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo caetera corpora depretiata sunt* [17]).

§. 10. *l. h. t.* Si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit; *non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.*

Auf den Werth hingegen, welchen der Eigenthümer nach seiner besondern Vorliebe der vernichteten Sache beylegte, kann keine Rücksicht genommen werden, sondern nur der Werth wird gerechnet, den die Sache für jeden Besitzer gehabt haben würde, der sich in den Verhältnissen des Beschädigten befunden hätte.

L. 33. *pr. D. h. t.* Si servum meum occidisti, *non affectiones aestimandas esse puto*: veluti si filium tuum natura-

17) Andere Beispiele kommen vor *L. 23. §. 4. L. 37. §. 1. et L. 55. D. h. t.* Man sehe vorzüglich VOET Comm. h. t. §. 6. und SUAREZ Comment. ad L. Aquiliam Lib. I. cap. IV. Sect. II. pag. 47. sq.

turalem quis occiderit, quem tu magno emtum velles: *ſed quanti omnibus valeret.* Sextus quoque Pedius ait, *pretia rerum, non ex affectione, nec utilitate ſingulorum, ſed communiter fungi*[18]).

Zu dieſem Werthe wird aber nicht allein der Schade gerechnet, welcher unmittelbar durch die Verletzung entſtanden iſt, ſondern auch jeder, der ohne ſie würde vermieden worden ſeyn.

In Lege enim Aquilia, fährt die angeführte *L.* 33. *h. t.* fort, damnum conſequimur: *et amiſiſſe dicemur, quod aut conſequi potuimus, aut erogare cogimur.*

Auch Juſtinian ſagt §. 10. *I. h. t.*

Illud non ex verbis Legis, ſed ex interpretatione placuit, non ſolum peremti corporis aeſtimationem habendam eſſe, *ſed eo amplius quicquid praeterea, peremto eo corpore, damni nobis illatum fuerit.* Veluti ſi ſervum tuum heredem ab aliquo inſtitutum, ante quis occiderit, quam is iuſſu tuo hereditatem adierit: *nam hereditatis quoque amiſſae rationem eſſe habendam conſtat.*

Eben ſo **Ulpian** *L.* 23. *pr. D. h. t.*

Inde

18) Das Wort *fungi*, welches hier, ſo wie auch *L. 63. pr. D. ad Leg. Falcid.* von pretiis rerum gebraucht wird, ſcheint mehreren verdächtig. S. *Nic.* CATHARINUS Obſervation. libro c. 7. (in *Ev.* OTTONIS *Theſ. iur. Rom.* Tom. I. pag. 487.) und DUARENUS in Comm. ad L. Falcid. cap. 8. Allein der Ausdruck iſt ächt römiſch und nichts daran zu ändern. Dicuntur *pretia rerum fungi*, ſagt ganz richtig *Iac.* VOORDA in Commentar. ad Leg. Falcidiam. Cap. VIII. §. 19. not. a. pag. 184. *quum uſum ſui praebent in conſtituenda bonorum quantitate.*

Inde *Neratius* scribit, si servus heres institutus occisus sit, *etiam hereditatis aestimationem venire*[19]).

Ein blos ungewisser Gewinn kommt hingegen in keine Betrachtung.

L. 29. §. 3. *D. h. t. Labeo* et *Proculus*, circa retia piscatorum, in quae navis inciderat, existimarunt, si culpa nautarum id factum esset, Lege Aquilia agendum, sed ubi damni injuria agitur, ob retia, *non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem; cum incertum fuerit, an caperentur.*

Wenn sich der wirklich zugefügte Schaden in dem Augenblicke der Beschädigung noch nicht völlig äussern kann, so ist der Unterschied wichtig, ob derselbe schon jetzt gewiß ist, oder doch in der Folge gewiß werden kann, oder nicht. In jenem Falle wird es so angesehen, als wenn die Handlung gleich von Anfang ihre volle Wirkung hervorgebracht hätte; in diesem aber wird auf die ungewisse Folge gar keine Rücksicht genommen. Dieser Unterschied liegt

19) Diesen Stellen ist *L. 63. D. ad Leg. Falcid.* nicht entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: Sed nec heredem *post mortem testatoris* institutum servum tanto pluris esse, quo pluris venire potest, *Pedius* scribit: — cum multis causis accidere possit, ne iussu nostro adeat; so ist dies blos in Beziehung auf die Falcidia zu verstehen, bey deren Berechnung nämlich auf den Zustand der Erbschaft zur Zeit des Todes des Testirers gesehen wird, ohne alle Rücksicht auf eine nach dem Tode desselben entstehende Vermehrung oder Verminderung derselben. *L. 30. pr. L. 56. pr. L. 73. pr. D. ad L. Falcid.* S. VOORDA Comm. ad L. Falcid. Cap. VIII. §. 19. pag. 185. und SUAREZ Comment. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 4. Sect. I. nr. 7. sqq.

liegt in der Natur der Sache selbst. Denn nur in jenem Falle ist wirklich in dem Augenblicke der Handlung Schaden zugefügt worden; in diesem aber ist nur ein ungewisser und zukünftiger Schaden vorhanden, der eben um deswillen gar nicht geschätzt werden kann[20]). Zur Erläuterung des ersten Falles führen die Gesetze das Beyspiel an, wenn ein Sklave tödlich verwundet worden, der erst eine Zeitlang nachher an dieser Wunde gestorben ist. Hier wird es so angesehen, als wenn er in dem Augenblick getödet worden wäre, da er die tödliche Wunde erhielt[21]). Wie aber, wenn der Sklave, noch ehe er an den Folgen seiner Wunde starb, von einem Andern wäre getödet worden? Hierüber waren die Römischen Rechtsgelehrten verschiedener Meinung. **Celsus** und **Marcellus**, denen **Ulpian**[22]) beystimmt, behaupteten, der erste hafte nur wegen der Verwundung, der letzte aber wegen der Tödung. Der Unterschied bestand darin, daß gegen den letzten aus dem ersten Capitel der Lex Aquilia, gegen den ersten aber nur aus dem dritten Capitel geklagt werden konnte, welches auf die Art der Aestimation einen bedeutenden Einfluß hatte, wie der folgende §. lehren wird. **Julian**[23]) hingegen war

20) S. von Löhr Theorie der Culpa 2. Absch. §. 20. S. 123. ff.

21) *L. 21. §. 1. L. 46. et L. 47. D. h. t.*

22) *L. 11. §. 3. D. h. t.* CELSUS scribit: *si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit: priorem quidem non teneri, quasi occiderit, sed quasi vulneraverit, quia ex alio vulnere periit: posteriorem teneri, quia occidit*, quod et MARCELLO videtur, *et est probabilius.*

23) *L. 51. D. h. t.* Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum: medio deinde tempore heres institutus est: et postea ab alio ictus decessit. Quaero, an cum utroque de occiso

war der Meinung, daß in dem vorliegenden Falle gegen beyde wegen der Entleibung aus dem Aquilischen Gesetz geklagt werden könne. Beyde Meinungen suchen nun zwar Voet[24]) und Suarez[25]) dadurch zu vereinigen, daß sie das Fragment des Julians von dem Falle verstehen, wo die dem Sklaven von dem Ersten beygebrachte Wunde absolut lethal ist, das Fragment des **Ulpians** hingegen von einem solchen Falle, wo die erste Wunde zwar gewöhnlich, aber doch nicht schlechterdings tödlich ist. Allein die Vergleichung beyder Stellen zeigt nur zu deutlich, daß **Ulpian** die Meinung des **Julians** verworfen habe, und es scheint, wie auch **Cujaz**[26]) bemerkt hat, daß **Julian** in der *L.* 51. blos darum so mühsam seine Meinung zu beweisen

so Lege Aquilia agi possit? Respondit: occidisse dicitur vulgo quidem, qui mortis causam quolibet modo praebuit: sed Lege Aquilia is demum teneri visus est, qui adhibita vi, et quasi manu causam mortis praebuisset: tracta videlicet interpretatione vocis a caedendo et a caede. Rursus Aquilia Lege teneri existimati sunt, non solum qui ita vulnerassent, ut confestim vita privarent, sed etiam hi, quorum ex vulnere certum esset, aliquem vita excessurum. *Igitur si quis servo mortiferum vulnus inflixerit, eundemque alius ex intervallo ita percusserit, ut maturius interficeretur, quam ex priore vulnere moriturus fuerat: statuendum est, utrumque eorum Lege Aquilia teneri.* Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret, cuius ictu periisset, omnes Lege Aquilia teneri iudicaverunt.

24) Commentar. ad Pand. h. t. §. 9.

25) Commentar. ad Leg. Aquil. Lib. I. Cap. III. Sect. 3. pag. 42. sqq.

26) Lib. LXXXVI. Digestor. Iuliani ad L. cit. 51. und Ebenderselbe Lib. XXVII. Observation. cap. 13.

weisen gesucht habe, weil Celsus anderer Meinung war, den er hier, ohne ihn jedoch zu nennen, zu widerlegen sich bemühte. **Julian** hatte zwar immer den wichtigen Grund für seine Meinung, daß eine unrechtliche Handlung keine Entschuldigung für eine andere enthalten könne; allein der Grund, den man ihm entgegensetzte, daß eine Wunde, die an sich tödlich gewesen seyn würde, nicht mehr als eine solche angesehen werden könne, wenn eine spätere Verwundung die unmittelbare und augenblickliche Ursache des Todes wurde, war allerdings überwiegend. **Julian** scheint auch in der Folge seine Meinung selbst wieder geändert zu haben, wie **Gerhard Noodt**[27]) aus einer andern Stelle **Ulpians** nicht undeutlich erwiesen hat.

L. 15. §. 1. *D. h. t.* sagt nämlich **Ulpian**:

Si servus *vulneratus mortifere*, postea ruina vel naufragio, *vel alio ictu* maturius perierit: *de occiso agi non posse, sed quasi de vulnerato.* Sed si manumissus vel alienatus ex vulnere periit, *quasi de occiso agi posse*, IULIANUS ait. Haec ita tam varie, *quia verum est, eum a te occisum tunc, cum vulnerabas: quod, mortuo eo, demum apparuit; in superiore non est passa ruina apparere, an sit occisus.*

Der zweyte Fall kam vorzüglich bey Erbschaften in Betrachtung. Z. B. ein Sklave war getödet worden, dessen Existenz zur Erfüllung einer Testaments-Bedingung nöthig war. Hier kam es darauf an, ob sich der Vorfall noch

27) Ad. Leg. Aquil. libr. sing. cap. 10. *Operum* Tom. I. pag. 155. Eben dieser Meinung ist auch POTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. V. not a. pag. 280.

noch vor dem Absterben des Testirers ereignet hatte, oder erst nach desselben Tode. In dem ersten Falle konnte der Werth der Erbschaft nicht mit in Anschlag gebracht werden, weil es hier nicht das Leben des Sklaven allein ist, wovon die Erwerbung der Erbschaft abhängt, und es sich nicht mit Gewißheit bestimmen läßt, ob kein anderer Grund dieselbe würde gehindert haben [28]. Ueberdem ward bey Bestimmung des Interesse rückwärts gerechnet, wo noch gar nicht von einer Erbschaft die Frage seyn konnte [29]. In dem letztern Falle hingegen kam der Werth der Erbschaft allerdings in Betracht, weil wegen der Tödung des Sklavens nun die Bedingung des Testaments nicht erfüllt werden konnte [30].

L. 23. §. 2. *D. h. t.* Idem *Iulianus* scribit: si institutus fuero sub conditione, *si Stichum manumisero*, et Stichus sit occisus *post mortem testatoris*, in aestimationem etiam hereditatis, pretium me consecuturum; propter occisionem enim defecit conditio. *Quod si vivo*

28) Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum, sagt Ulpian *L.* 4. *D. de adim. legat.* Hat der Testirer seinen Willen unabgeändert gelassen, so wird ohnehin die Bedingung für erfüllt gehalten. *L.* 8. §. 7. *D. de condition. institut.* *L.* 54. §. 2. *D. de legat. I.* S. VOET in Comment. ad Pand. T. II. Lib. XXVIII. Tit. 7. §. 20. BRÜSSEL de Conditionib. Lib. III. Tit. 4. nr. 5. pag. 398.

29) S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLV. not. f. pag. 288. und AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 24. not. 30. sqq.

30) Mittelst dieser Distinction hat CUJACIUS Observation. Lib. XVII. cap. 22. mehrere Fälle entschieden, und manche Gesetzstellen mit einander zu vereinigen gesucht.

vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare: quia retrorsum, quanti plurimi fuit, inspicitur [31]).

§. 703.

Die Klage aus dem Aquilischen Gesetz ist eine Pönalklage. Verschiedene Bestimmung der Strafe nach dem Unterschiede des ersten und dritten Capitals der L. A.

Da das damnum iniuria datum als ein Delict behandelt wird [32]), so kann die demselben entsprechende Klage nicht anders als pönal seyn [33]). Jedoch ist sie keine reine Pönalklage, sondern sie gehört zu denjenigen Klagen, welche tam poenae, quam rei persequendae causa comparatae sind, und welche daher *actiones* ex delictis *mixtae* genennt werden [34]). Ersatz des entstandenen Schadens ist zwar immer Hauptzweck der Klage wegen eines damni iniuria dati; allein es wird dabey nicht blos auf den Werth gesehen, den die Sache im Augenblick der Beschädigung hat, sondern es wird ein früherer Zeitpunct angenommen, wenn etwa die Sache vorher einen höhern Werth gehabt hätte; und dieser ist nach der verschiedenen Art der Beschädigung verschieden. Es kommt nun also auf den näheren

Z 2 Inhalt

31) Man vergleiche über dieses Fragment vorzüglich SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. Sect. I. nr. 21. sqq. pag. 46.

32) *Princ. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 4. D. de obligat. et actionib.*

33) *L. 111. §. 1. D. de div. reg. iuris. L. 11. §. 2. in fin. D. h. t.* SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. IV. Sect. V. nr. 19. sqq. pag. 54. und von Löhr Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 18. S. 105. ff.

34) *§. 18. et 19. I. de actionib. §. 9. I. de Lege Aquil.*

Inhalt der einzelnen Capitel des Aquilischen Gesetzes an, in welchen der Zeitraum bestimmt ist, bis auf welchen zurückgerechnet werden kann. Die *Lex Aquilia* verordnete nämlich

I. im ersten Capitel, daß, wer eines Andern Sklaven oder *quadrupedem pecudem* widerrechtlich getödet hätte, dem Eigenthümer den höchsten Werth ersetzen sollte, den die Sache im letzten Jahre gehabt hätte. Die Worte selbst hat uns Cajus L. 2. *D. h. t.* aufbehalten, wo sie folgendermaßen lauten:

Lege Aquilia capite primo cavetur: *Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.*

Dieses Capitel erfordert also einen solchen Schaden, der durch widerrechtliche Tödung eines fremden Sklaven oder *quadrupedis pecudis* geschehen ist. Viele Rechtsgelehrten sind durch die Leseart *quadrupedem vel pecudem* [35]) verleitet worden, zu glauben, es sey ein Unterschied zwischen *quadrupedes* und *pecudes* gewesen. Unter jenen hätten nämlich die Römer Zug- und Lastthiere, unter diesen aber solche Thiere verstanden, welche in Heerden geweidet werden. Wenn also das erste Capitel von quadrupedes pecudes

35) S. *Corn.* *van* BYNCKERSHOEK Opuscul. de rebus mancipi Cap. 6. (in *Opuscul. Lugduni Batav. 1719. 4. edit.* pag. 118. sqq.) und in Observat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 18. Diesem haben die meisten nachgeschrieben, ohnerachtet MEERMAN in seiner Diss. de rebus mancipi cap. 58. diese Meinung längst wiederlegt hat. Man sehe hier Hugo civilistisches Magazin 1. Bd. S. 272. ff.

cudes rede, so sey dies nicht so zu verstehen, als ob nur solche Thiere dahin gehörten, die zugleich pecudes und quadrupedes sind, z. E. Pferde; sondern es sey genug, wenn ein Thier eins von beyden, pecus oder quadrupes sey. Daher gehörten z. B. auch die Schweine in das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes, die zwar pecudes, aber keine quadrupedes sind. Allein die meisten Ausleger[36]) sind darin einverstanden daß die gemeine Leseart, wenn sie auch mit der Florentinischen übereinstimmt, fehlerhaft sey, und statt der Worte: quadrupedem *vel* pecudem vielmehr *quadrupedemve pecudem* gelesen werden müsse. Diese Emendation hat theils den Zusammenhang, da *servum servamve* vorhergeht, theils die Uebersetzung in den Basiliken[37]), theils alle folgende Stellen[38]), wo immer von pecudes oder quadrupedes, quae pecudum numero sunt, die Rede ist, theils die Auctorität des Kaisers Justinian[39]) für sich, und man kann sie also für

 ganz

36) HOTOMAN Observation. iur. VII. 12. BALDUINUS de Lege Aquilia pag. 160. *edit. Halens.* SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 1. nr. 2. sqq. und NOODT ad eand. Leg. Cap. 2. Man sehe auch Weber zu Höpfners Commentar §. 1051. Not. (*). S. 1068.

37) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 3. pag. 42. wo die Worte *quadrupedemve pecudem* so übersetzt sind: ἢ τετράποδον ἀγεληδὸν ἰθυνόμενον, d. h. nach Fabrot, *vel quadrupedem gregatim actam.*

38) *L.* 2. §. 2. *D. h. t.* sagt Ulpian ausdrücklich: Ut igitur apparet, servis exaequat *quadrupedes, quae pecudum numero sunt, et gregatim habentur: veluti oves, caprae, boves, equi, muli, asini.* Add. *L.* 27. §. 5. *D. eodem.*

39) *Princ. I. h. t.* Damni iniuriae actio constituitur per Legem Aquiliam, cuius primo capite cautum: *Ut si quis alienum hominem,*

ganz unzweifelhaft ansehen. *Quadrupedes pecudes*, von welchen das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes redet, sind also solche vierfüßige Thiere, welche man heerdenweise zu haben und zu weiden pflegt, als Ziegen, Schaafe, Ochsen, Kühe, Pferde, Esel, Maulthiere, Schweine. In Ansehung der letztern war man zwar anfangs zweifelhaft, ob man sie sollte zu den pecudes rechnen[40]). Der Grund scheint der gewesen zu seyn, weil man sie für ferae halten wollte, theils wegen der nahen Verwandschaft zwischen zahmen und wilden Schweinen, theils weil sich auch von ihnen, so lange sie leben, kein Gebrauch in der Wirthschaft gedenken läßt[41]). Indessen fand Labeo's Meinung Beyfall, und man rechnete die Schweine darum unter die pecudes, weil sie zu dem Weideviehe gehören. Sonderbar ist freylich der Beweis, den Justinian[42]) dafür aus Homers Odissee hernimmt, da er sich doch wohl schicklicher auf das Zeugniß eines der Land-

minem, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, injuria occiderit: quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. und §. 1. fügt Justinian noch hinzu: Quod autem non praecise de *quadrupede*, sed de ea tantum, *quae pecudum numero est*, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum, *quae gregatim proprie pasci dicuntur*; quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, caprae.

40) *L. 2. §. 2. D. h. t.* Sed an *sues* pecudum appellatione continentur, quaeritur? Et recte *Labeoni* placet, contineri.

41) S. Hugo civilist. Magazin 1. Band S. 275. folg.

42) *§. 1. I. h. t.* Justinian beruft sich jedoch auf Marcian, in dessen Institutionen auch die Stelle aus Homer angeführt war. Sie steht *L. 65. §. 4. D. de legat. III.*

Landwirthschaft kundigen Varro [43]) hätte berufen können, wenn es ja einer Auctorität bedurft hätte, daß man auch Schweine heerdenweise zu weiden pflegt. Ulpians [44]) Worte: *Quadrupedes*, *quae dorso collove domantur*, können nun keine weitere Mißdeutung veranlassen, da sie offenbar keine Definition, sondern eine bloße Restriction enthalten, und diejenige Art der *Quadrupedum* bestimmen sollen, welche zu den rebus mancipi gerechnet wurden. Wilde Thiere, als Bären, Löwen, Leoparden; jedoch mit Ausnahme der Elephanten und Camele, weil man diese zum Lasttragen gebrauchte [45]); nicht minder alle vierfüßige zahme Thiere, welche nicht zu den pecudes gerechnet wurden, z. B. Hunde und Katzen; endlich alle zweyfüßige Thiere gehörten also nicht in das erste Capitel des Aquilischen Gesetzes [46]).

Die in diesem ersten Capitel bestimmte Strafe besteht nun in dem Ersatz des höchsten Werths, den die Sache in dem ganzen nächst verflossenen Jahre, von Zeit der Tödung an zurückgerechnet, hatte.

L. 21. *pr. et* §. 1. *D. h. t.* Ait Lex: *Quanti* (*is homo*) *in eo anno plurimi fuisset.* Quae clausula aestimationem habet damni, quod datum est. *Annus autem retrorsus computatur*, *ex quo quis occisus est.*

43) *Lib. II. de Re rustica cap.* 3. *et* 4.

44) *Fragm. Tit. XIX.* §. 1. in SCHULTINGII *Iurisprud. Antejustin.* pag. 619.

45) Nach PLINIUS *Hist. nat.* Lib. VIII. Cap. 8. und SENECA Epist. 90. hatten die Römer auch ganze Heerden von Camelen und Elephanten.

46) §. 1. *I. h. t.* *L.* 2. §. 2. *D. eodem.*

L. 23. §. 3. *D. eodem.* Idem *Iulianus* scribit, aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, *quo plurimi in eo anno fuit*, et ideo, et si pretioso pictori pollex fuerit praecisus, et intra annum, quo praecideretur, fuerit occisus, posse eum[47]), Aquilia agere: *pretioque eo aestimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset.*

Man bemerkt es in den Commentaren über die Lex Aquilia[48] durchgehends als Etwas ganz Besonderes, und Ungewöhnliches, daß hier bey Bestimmung der Aestimation rückwärts, ja auf eine Zeit zurückgerechnet wird, wo noch keine obligatio entstanden war. Dies kommt freylich sonst in

47) Statt *eum* lieset *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXVII. c. 2. *herum* i. e. dominum. Diese Emendation, welche wirklich sehr sinnreich ist, billigt auch NOODT ad L. Aquil. c. 12. Hingegen lieset Haloander: *posse Aquilia agi.* Allein SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad L. Aquil. Lib. I. cap. 5. nr. 5. pag. 58. streitet für die unveränderte Beybehaltung der gemeinen Leseart. Denn das sieht ja wohl Jeder von selbst, daß *eum* auf keinen Andern, als auf dominum gehen kann. *Interpretis officium est,* sagt hier Suarez sehr gründlich, *interdum quaedam referre non ad ea, quae expressa sunt; sed ad ea, quae tacite insunt, ut sensus magis spectandus sit, quam verba amplectenda.* *L.* 3. *§.* 9. *D. de adim. leg.* Wir finden es oft in den Fragmenten der Pandecten, daß die Röm. Rechtsgelehrten sich nicht so genau an die Regeln der Grammatic gebunden haben, um sich nicht zuweilen auch eine Abweichung von der gewöhnlichen Construction zu erlauben. Man findet ähnliche Fälle *L.* 1. *D. de constitut. Princip.* *L.* 1. *§. ult. D. de peric. et commod. rei vend.* *L.* 6. *§.* 1. *D. de extraord. crim.*

48) Man sehe BALDUIN de Lege Aquilia pag. 173. *edit. Halens.* SUAREZ Comm. ad eand. Leg. Lib. I. cap. IV. Sect. V. pag. 53.

in keinem andern Gesetz vor. Denn in andern Fällen, wo von Bestimmung der Aestimation die Frage ist, wird entweder auf die Zeit des Contracts[49]), oder auf die Zeit der Litiscontestation[50]), oder auf die Zeit des eingetretenen Verzugs[51]), oder auf die Zeit der rei iudicatae[52]) gesehen. Ja selbst wenn ex causa delicti geklagt wird, und es wird auch die Aestimation auf die vergangene Zeit zurückgerechnet; so überschreitet sie doch nie die Zeit des begangenen Delicts, z. B. bey der *actio servi corrupti*[53]), und *condictio furtiva*[54]). Allein der Umstand, daß hier rückwärts gerechnet wird, erklärt sich sehr leicht. Denn soll einmal ein anderer Zeitpunct berücksichtiget werden, als der, wo die widerrechtliche Handlung vorgenommen wurde, so muß dies ein vergangener seyn, da sich sonst die Größe der obligatio sehr selten mit Gewisheit ausmitteln lassen würde. Sehr natürlich ist es aber doch gewiß, die aestimatio nicht auf den letzten Zeitpunct zu beschränken, da es ohnehin kaum möglich ist, alles Interesse zu beweisen, und der Beschädigte doch zuverlässig eher Begünstigung verdient, als der Schadende. Diese Erklärung des Herrn von Löhr[55]) von der aestimatio quanti plurimi retrorsus computanda scheint mir weit natürlicher zu seyn, als

49) *L. 3. §. 3. D. de act. emti vend.*

50) *L. 37. D. Mandati. L. 18. D. de Novat.*

51) *L. 3. in fin. D. de condict. tritic.*

52) *L. 3. §. 2. D. Commodati.*

53) *L. 5. ult. D. de servo corrupt.*

54) *L. 8. §. 1. L. 13. D. de condict. furt. L. 50. L. 67. §. 2. D. de furt.*

55) Theorie der Culpa. §. 20. S. 122.

als wenn Balduin[56]) sagt: AQUILIUS *noster deterreri homines voluit ab iniuria, et licet valde sit severus, qui tam graviter culpam etiam levissimam castigat: tamen visum est hoc utile, tanto magis ut caverent, ne damnum alteri darent, quo magis dari saepe solet, nisi si magna cautio adhibeatur.*

Bey tödlichen Verwundungen, aus denen zwar der Tod gewiß, aber doch erst nach einiger Zeit, erfolgte, wird das Jahr von Zeit der Verwundung an zurückgerechnet, als wenn schon damals gleich die Tödung geschehen wäre[57]).

Zuweilen kann jedoch auch bey der Aestimation nach dem Aquilischen Gesetz auf die Zeit zu sehen seyn, da die Verletzung geschahe; nämlich wenn gerade zu der Zeit die Sache den höchsten Werth gehabt hätte. Daher sagt Paulus[58]): Sufficiet, fuisse pluris, *cum occideretur, vel intra annum.* Denn daß das Zurückrechnen nicht schlechterdings nothwendig sey, sondern nur dann Statt finde, wenn die Sache vor der Tödung einen höhern Werth gehabt haben sollte, lehrt folgende Stelle der Institutionen[59]).

Sed et legis Aquiliae actio de damno iniuria dato mixta est, non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed *interdum* et si in simplum quisque agat: veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer et magni pretii fuerit: *tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit*[60]).

Uebri-

56) De Lege Aquilia pag. 173. *edit. Halens.*

57) *L. 21. §. 1. D. h. t.*

58) *L. 55. D. eod.*

59) *§. 19. I. h. t.*

60) THEOPHILUS in Paraphr. gr. ad §. 19. Instit. de actionib. macht hier noch die Bemerkung: Ἰδοὺ ἐνταῦθα, ει καὶ ἔις ἁπλοῦν κινεῖται,

Uebrigens war das Jahr, welches hier zurückgerechnet wird, zwar eigentlich das zur Zeit der Aquilischen Gesetzgebung noch übliche Numäische, welches aus 355 Tagen bestand [61]). Man hätte es auch, da hier von einem Strafgesetz die Rede ist, dabey bewenden lassen sollen, *Interpretatione enim legum poenae molliendae sunt potius, quam asperandae* [62]). Allein durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten, wodurch überhaupt das Aquilische Gesetz auf mancherley Art erweitert wurde, ward das Julianische Jahr, welches aus 365 Tagen besteht, substituirt. Dieser Berechnung gedenkt Julian [63]) ausdrücklich, wenn er sagt: *repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus.* Der allgemeine Nutzen dieses Gesetzes rechtfertigte auch eine solche Ausdehnung vollkommen [64]).

II. Ueber den Inhalt des zweyten Capitels des Aquilischen Gesetzes läßt sich mit Gewißheit nichts bestimmen.

Ulpian

κινεῖται, ὅμως ἔχει καὶ ποινῆς ἀπαίτισιν. τοῦ γὰρ ἀναιρεθέντος οἰκέτου ἔσθ᾽ ὅτε ἀξίου ὄντος κατὰ τὸν καιρὸν τῆς ἀναιρέσεως ί νομισμάτον, ἡ καταδίκη γίνεται εἰς ρ́ νομίσματα, διὰ τὸ τοσούτου ἄξιον αὐτὸν γεγενῆσθαι κατ᾽ ἐκεῖνον τὸν καιρὸν, ἐν ᾧ ὑγιὴς ἦν. i. e. *Ecce hic, etsi in simplum instituitur actio, tamen et poenae habet exactionem: interdum enim, quum servus peremtus caedis tempore valeret X. solidis, condemnatio fit in C. quia tanti fuerat dignus eo tempore, quo incolumis erat.*

61) S. den 3. Th. dieses Commentars §. 269. S. 575.

62) *L. 42. D. de poenis. L. 155. §. 1. D. de div. regul. iuris.*

63) *L. 51. §. 2. D. h. t.*

64) S. SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. I. Cap. IV. Sect. VI. pag. 55. sqq.

Ulpian[65]) sagt davon weiter nichts, als *Huius Legis secundum quidem capitulum in desuetudinem abiit.* Auch nicht ein Wort mehr Justinian[66]), und der griechische Paraphrast der Institutionen[67]). Die Muthmaßungen der Ausleger sind von sehr verschiedenem Gehalte. Ganz *un*wahrscheinlich ist es, wenn Cujaz[68]) glaubt, es habe von widerrechtlich entzogenem Gewinn gehandelt. Suarez[69]) Noodt[70]) und Bynkershöck[71]) haben diese Conjectur zur Genüge widerlegt. Den meisten Beyfall hat die Meinung des Claudius Chifletius[72]) gefunden, daß dieses zweyte Capitel de servo corrupto gehandelt habe. Denn es ist allerdings merkwürdig, wenn Ulpian[73]) sagt: Haec actio (sc. praetoria de servo corrupto) adversus fatentem in duplum est, quamvis Aquilia inficiantem duntaxat coerceat. Es läßt sich auch nicht wohl ein anderer Grund angeben, warum das zweyte Capitel eines so gemeinnützigen Gesetzes hätte außer Gebrauch kommen können, als der, daß das prätorische Edict ähnliche Verordnungen enthalten habe, die aber noch vortheilhafter für den

65) *L. 27. §. 4. D. h. t.*

66) *§. 12. I. h. t.*

67) Tom. II. pag. 762. der Reitzischen Ausgabe.

68) Paratitl. ad Tit. Dig. ad L. Aquil.

69) Apparat. Commentar. ad L. Aquil. Cap. III. nr. 10. sqq. pag. 14.

70) Ad Leg. Aquil. cap. 1. in fin.

71) Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 13.

72) Disquisit. de secundo capite Legis Aquiliae. (*Eorum, quae de iure scripsit, Part. I. Lugduni 1584. 8.* pag. 441. sqq. und in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. V. pag. 873. sqq.)

73) *L. 5. §. 2. D. de Servo corrupto.*

den Kläger gewesen sind. Man kann sich ferner nun auch wohl erklären, warum die actio servi corrupti, ob sie gleich eine prätorische Pönalklage ist, die sonst nur ein Jahr dauern, dennoch, nach dem Beyspiel der actio Legis Aquiliae, perpetua ist [74]). Hierzu kommt noch insonderheit eine Stelle aus Anians Interpretationen zu den *Sententiae Receptae* des **Paulus** [75]), welche so lautet: *Hae duae secundum Legem Aquiliam similem poenam habent, ut cum his, qui animo vel corpore corruperunt, alia mancipia huiusmodi praesumtores exsolvant.* Zwar irrt **Anian** in Ansehung der hier angegebenen Strafe, welche die Lex Aquilia nicht kennt; allein er kann doch leicht aus seinem **Paulus** geschöpft haben, was er von der Verführung des Sklavens sagt. Dem **Chifletius** sind aus diesen Gründen beygetreten **Voet** [76]), **Westenberg** [77]) und **Heineccius** [78]). Indessen stehen freylich auch dieser Meinung immer noch sehr erhebliche Zweifel entgegen, wie **Suarez** [79]) und **Bynkershök** [80]) gezeigt haben. Es kann allerdings die Lex Aquilia auch de servo corrupto gehandelt haben; allein es folgt nicht, daß gerade das verlohren gegangene

74) *L. 13. pr. D. eodem.*

75) Lib. I. Tit. 13. A. §. 6. In *Ant.* SCHULTING *Iurispr. Antejust.* pag. 249.

76) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

77) Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 25. et §. 26.

78) Antiquitat. Roman. Iurisprud. illustr. Syntagm. Lib. IV. Tit. 3. §. 9.

79) Comment. ad L. Aquil. in Apparatu Cap. 3. nr. 24. sqq. pag. 15.

80) Observat. iur. Rom. Lib. I. cap. 13.

gangene zweyte Capitel davon gehandelt habe. Es kann dieser Gegenstand, wie Mylius[81]) dafür hält, auch unter der allgemeinen Sanction des dritten Capitels mit begriffen gewesen seyn. Dies scheint auch schon die Meinung des griechischen Scholiasten der Basiliken[82]) gewesen zu seyn. Denn dieser macht zur Erläuterung des dritten Capitels die Bemerkung: Ἐὰν τις οὖν οὐκ ἀνεῖλε μὲν τὸν οἰκέτην, ἀλλὰ καύσει αὐτὸν, ἢ ἔκλασεν, ἢ διέφθειρεν, ἐκ τοῦ γ. κεφαλαίου τῷ Ἀκουιλίῳ κατέχεται. i. e. *Si quis igitur non occiderit servum, sed usserit, fregerit, vel corruperit, ex tertio capite Legis Aquiliae tenetur.* Aus diesem Grunde glaubt daher van Bynkershök[83]), daß das zweyte Capitel wahrscheinlicher *de deiectis et effusis* gehandelt habe, und durch das nachher über eben diesen Gegenstand erfolgte Edict des Prätors seine Anwendung verloren habe. Er beruft sich deshalb besonders auf die Auctorität des Mucius[84]), welcher sagt: Cum autem *Legis Aquiliae actione*[85]) propter hoc quis condemnatus est, merito

81) *Io. Henr.* MYLII Differt. postuma de tribus Legis Aquiliae capitibus, (adj. THEOPHILI Paraphr. graec. Institution. Tom. II. pag. 1101. *edit Reitz.*)

82) Ad Lib. LX. Tit. 3. Const. 27. §. 5. Tom. VII. pag. 89. (edit. *Fabrot.*)

83) Cit. loc. pag. 42. (edit. *Heinecc.* Francof. et Lipsiae 1793. 4.)

84) *L. 5. §. 4. D. de his, qui effud. vel. deiec.*

85) Mehrere Ausleger wollen die gemeine Leseart *Legis Aquiliae actione* in Zweifel ziehen. Cujaz in Not. ad §. 1. I. de Oblig. quae quasi ex del nasc. will statt derselben *hac actione* lesen, und versteht dies von der *actione in factum*, von welcher in dem unmittelbar vorhergehenden *§. 3. L. 5. D. de his, qui effud.* die Rede ist. Eben so *Ant.* FABER in Rational. ad Pandect. h. L.

merito ei, qui ob hoc, quod hospes, vel quis alius de coenaculo dejecit, in factum dandam esse *Labeo* dicit adversus deiectorem. Auch **Püttmann**[86]) stimmt dieser Meinung bey. Allein **Mylius**[87]) hat dagegen nicht ohne Grund erinnert, daß dieser Fall vielmehr in das dritte Capitel des Aquilischen Gesetzes gehört habe. Daher ist **Herrmann Cannegieter**[88]) auf die Gedanken gerathen, das zweyte Capitel könne von keinem andern Falle, als *de damno liberi hominis occisi* gehandelt haben. Dies lehre theils der Zusammenhang mit dem dritten Capitel, theils das ganz nach dem Beyspiel des Aquilischen Gesetzes gebildete Prätorische Edict *de dejectis et effusis;* welches auch zuerst de damnis in res quaslibet factis, dann de homine

h. L. Tom. II. P. II. pag. 327. Hingegen *Ger.* NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 10. legt geradezu dem Ulpian zur Last, daß er aus Unachtsamkeit statt *actione in factum de deiectis et effusis* geschrieben habe: *Legis Aquiliae actione.* Allein *Christfr.* WAECHTLER hat in seinen Notis ad *Ger.* NOODTII Probabil. iur. civ. ad loc. cit. (in *Opuscul* a TROTZ *edit.* pag. 217. sqq.) die Richtigkeit der gemeinen Leseart hinreichend gerechtfertiget. Sie erhält auch durch die *Basilica* Lib. LX. Tit. 4. Const. 5. §. 4. Tom. VII. pag. 119. eine vorzügliche Stütze, wo es heißt: Καὶ καταδικασθέντες τῷ Ακουιλίῳ, ἔχουσι κατὰ τῶν ῥιψάντων ἰμφάκτουμ, ἢ τὴν ἐπὶ μισθώσεος ἀγωγὴν, ἐὰν εμίσθωσαν ἀυτοῖς. i. e. *Et condemnati Aquilia habent adversus dejectores actionem in factum, vel locati, si eis locaverint.*

86) Interpretat. et Observat. iuris Rom. Cap. 26. §. 2. pag. 121. sq.

87) Diss. cit. §. 6. Tom. II. *Paraphr. Theoph.* pag. 1103.

88) Observation. iuris Rom. Lib. IV. Cap. 9.

ne occiso, und zuletzt de vulnerato aut laeso gehandelt habe. Allein auch dies kann für nichts anders als eine Conjectur gelten; denn mit Gewißheit läßt sich hierüber bey dem gänzlichen Mangel an Nachrichten nichts bestimmen [89]). Daß aber auch **Ulpian** selbst den Inhalt des zweyten Capitels der L. A. nicht gewußt, ja, wie **Höpfner** [90]) sagt, seine Unwissenheit selbst gestanden habe, läßt sich aus den oben angeführten Worten desselben nicht ersehen.

III. Das dritte Capitel handelt von allen übrigen Arten widerrechtlicher Beschädigungen, ausser der Tödung eines Skaven oder quadrupedis pecudis, und bestimmt, als Strafe, den Ersatz des höchsten Werths, den die beschädigte Sache in den zunächst vorhergehenden dreyßig Tagen gehabt hat. **Ulpian** hat uns den Inhalt dieses Capitels *L.* 27. §. 5. *D. h. t.* aufbehalten, wo er sagt:

Tertio autem capite ait eadem Lex Aquilia: *Caeterarum rerum, praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit iniuria, quanti ea res erit* [91]) *in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*

Das

89) Man sehe noch über die angeführten mancherley Muthmaßungen der Rechtsgelehrten über das 2te Capitel des Aquilischen Gesetzes *Ev.* OTTO de tutela viarum publicar. P. III. Cap. 5. pag. 485. sqq.

90) Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 1053.

91) Statt *erit* lieset Holoander fuit, welche Leseart der gewöhnlichen ohne Zweifel vorzuziehen ist. Es beweisen dies nicht nur die Worte im §. *14. I. h. t.* wo Justinian sagt: Ex hoc tamen capite non quanti in eo anno, *sed quanti in diebus proximis res fuerit*, obligatur is, qui damnum dederit; sondern

Das dritte Capitel begreift nun folgende Fälle unter sich, 1) wenn Jemand eines Andern Sklaven oder quadrupedem pecudem blos verwundete; 2) wenn Jemand ein solches Thier, welches kein pecus, oder kein quadrupes war, z. E. eines andern Hund, oder wildes Thier, oder Vogel tödete, oder auch nur verwundete; 3) wenn Jemand eine fremde leblose Sache verbrannte, zerbrach, zerriß, oder befleckte u. d. Justinian liefert uns folgenden Commentar über das dritte Capitel[92]:

Capite tertio de omni caetero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quae pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem, quae pecudum numero non est, veluti canem aut feram bestiam vulneraverit, aut occiderit: hoc capite actio constituitur. In caeteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum per iniuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit: actio ex hoc capite constituitur: quamquam poterat sola *rupti* appellatio in omnes istas causas sufficere.

sondern auch die *Basilica* Lib. LX. Tit. 3. Const. 27. §. 5. wo es heißt: Τὸ δὲ τρίτον διαλαμβάνει περὶ τῆς ἄλλης ζημίας τῆς ἔξωθεν ἀναιρέσεως δούλου, καὶ θρέμματος, καὶ ἀποτιμᾶται εἰς ὅσον τὴν τὸ πρᾶγμα ἐν ταῖς πλησιαζούσαις τριάκοντα ἡμέραις i. e. *Tertium tractat de alio damno praeter servum et pecudem occisam, et aestimatur, quanti ea res erat in proximis triginta diebus.* Vorzüglich aber *L. 29. §. 8. D. h. t.* wo die verba Legis: *Quanti in triginta diebus proximis fuit*, angeführt werden.

92) *§. 13. I. h. t.*

ficere. *Ruptum* enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa et collisa et effusa, et quoquo modo peremta, atque deteriora facta, hoc verbo continentur [93]). Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur: ex hac parte Legis Aquiliae eum teneri.

Und **Ulpian** [94]) sagt zur Erläuterung des dritten Capitels: Ex hoc Legis capite de omnibus animalibus laesis, quae pecudes non sunt, agendum est: puta, ut de cane. Sed et de apro, et leone, caeterisque feris et avibus idem erit dicendum. — Haec verba: *Quanti in triginta diebus proximis fuit*, etsi non habent *plurimi*, sic tamen esse accipienda constat.

In Ansehung der wilden Thiere, welche Jemand widerrechtlich getödet hat, ist jedoch die Einschränkung merkwürdig, daß die Klage des Aquilischen Gesetzes nur dann Statt findet, wenn die Tödung geschahe, während sie sich noch in der custodia ihres Herrn befanden [95]). Denn ist ein wildes Thier aus seiner Gefangenschaft entwischt, und ein Dritter hat es getödet, so findet gegen diesen keine Klage Statt [96]); weil das Eigenthum verloren geht, sobald

93) Nicht unrecht erklärt daher FESTUS das Wort *rumpere* durch damnum dare. S. *Herm.* CANNEGIETER Observat. iuris Rom. Lib. IV. cap. 10.

94) *L. 29. §. 6. et 8. D. h. t.*

95) S. SUAREZ Comm. ad L. Aquil. Lib. II. cap. 1. nr. 18.

96) *L. 1. §. 10. D. Si quadrupes pauper. fec. dic.*

bald sich ein solches Thier wieder in seine natürliche Freyheit begeben hat[97]). Nur in Ansehung derjenigen wilden Thiere ist eine Ausnahme zu machen, welche von der Art sind, daß sie wegfliegen, und wiederkommen, wohin Tauben und Bienen gehören[98]). Diese bleiben unser Eigenthum, *quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi*, wie bey **Ulpian**[99]) **Pomponius** sagt. Hat daher Jemand solche Thiere widerrechtlich getödet, so kann er aus dem dritten Capitel des Aquilischen Gesetzes belangt werden. Dies hat wenigstens nach der Meinung des **Celsus**, welche auch **Ulpian**[100]) billiget, gar keinen Zweifel. Denn dieser sagt: Si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, Legis Aquiliae actionem competere, *Celsus* ait[1]).

97) *§. 12. I. de rer. divis.*

98) *L. 5. §. 5. D. de acquir. rer. dom.*

99) *L. 8. §. 1. D. Familiae ercisc.*

100) *L. 27. §. 12. D. h. t.*

1) Daß jedoch darüber unter den alten Römischen Rechtsgelehrten ein Streit war, erhellet aus der *Collat. Legum Mosaicar. et Roman.* Tit. 12. *§. 7. in fin.* (in *Ant.* SCHULTING Iurispr. Antejust. pag. 779.) wo aus **Ulpian** folgende Stelle vorkommt: Item *Celsus libro XXVII. Digestorum* scribit, si cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam negare, competere Legis Aquiliae actionem, inter quos et *Proculum*, quasi apes dominii mei non fuerint. Sed id falsum esse, *Celsus* ait, cum apes revenire soleant, et fructui mihi sint. Sed *Proculus* eo movetur, quod nec mansuetae, nec ita clausae fuerint. Ipse autem *Celsus* ait, nihil inter has et columbas interesse, quae si mane effugiunt, domum tamen refugiunt. Man vergleiche noch über diese alte Controvers QUINCTILIANI Declamat. XIII.

Noch ist zu bemerken, daß man zuweilen noch nachher aus dem ersten Capitel klagen kann, wenn man auch schon zuerst aus dem dritten geklagt hatte. Nur kann man freylich in diesem Falle nicht mehr erhalten, als man erhalten haben würde, wenn man gleich Anfangs wegen widerrechtlicher Tödung geklagt hätte.

L. 46. *D. h. t.* Si vulnerato ſervo, Lege Aquilia actum ſit, poſtea, mortuo ex eo vulnere, agi Lege Aquilia nihilominus poteſt.

L. 47. *D. h. t.* Sed ſi priore iudicis aeſtimatione facta, poſtea mortuo ſervo, de occiſo agere dominus inſtituerit, exceptione doli mali oppoſita, compelletur: ut ex utroque iudicio nihil amplius conſequatur, quam conſequi deberet, ſi initio de occiſo homine egiſſet.

Jedoch ist dies nur von dem Falle zu verstehen, wenn wegen des nämlichen Factums der Verwundung zuerst aus dem dritten Capitel war geklagt worden, weil man noch nicht wußte, ob die Wunde tödlich seyn werde [2]). Denn wäre die Tödung aus einer neuen widerrechtlichen Handlung erfolgt, so sind zwey Vergehungen vorhanden. Daher braucht sich hier der Kläger, wenn er nachher aus dem ersten Capitel des Aquilischen Gesetzes klagt, nicht das anrechnen zu lassen, was ihm schon vorher, als er zuerst wegen der Verwundung klagte, aus dem dritten Capitel dieses Gesetzes ist zugesprochen worden. Von diesem Falle handelt **Cajus**, wenn er *L.* 32. §. 1. *D. h. t.* sagt:

Si

2) S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. SUAREZ Comm. ad L. A. Lib. III. Cap. II. Sect. I. nr. II. pag. 150.

Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso; *duo enim sunt delicta*: aliter atque si quis uno impetu pluribus vulneribus aliquem occiderit; tunc enim una erit actio de occiso.

Es entsteht bey dieser Gelegenheit noch eine andere Frage, nämlich die, in welchem Verhältniß die Aquilische Pönalklage zu der Contractsklage steht, wenn der widerrechtliche Schade in einem Contract geschehen ist? Findet, nach erhobener Klage aus dem Contract, noch die Klage aus dem Aquilischen Gesetz Statt? Im allgemeinen ist diese Frage dahin zu beantworten, daß die Klage aus dem Aquilischen Gesetz, auch noch nach angestellter Contractsklage, wegen desjenigen Statt finde, was die verletzte Sache binnen der gesetzlich bestimmten Zeit, auf welche die Aestimation zurückgerechnet wird, mehr werth gewesen ist, jedoch mit Abzug dessen, was der Kläger bereits mit der Contractsklage am wahren Werth erhalten hat. Dies ist der Sinn, der so sehr bestrittenen *L.* 34. §. *ult. D. de obligat. et action.* wo **Paulus** sagt:

Et hoc in Legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis: utraeque enim actiones rei persecutionem continent: et quidem post Legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur? *Sed verius est*, *remanere*; *quia simplo accedit*, *et simplo subducto locum non habet.*

Fast die meisten Rechtsgelehrten halten die Leseart dieses Fragments für fehlerhaft, weil man glaubt, die in

demselben enthaltene Entscheidung stehe mit dem darin angeführten Entscheidungsgrunde in offenbarem Widerspruche. Denn man versteht diesen Grund so, weil dasjenige, was den Werth der Sache durch das Zurückrechnen eines Zeitraums von dreyßig Tagen erhöhet, nur eine Accession des eigentlichen Werths sey, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, so könne dieses amplius nicht besonders eingeklagt werden, wenn das Simplum abgerechnet wird, welches der Kläger schon durch die Contractsklage zu seiner Entschädigung erhalten hat. Um diesen Grund mit der Entscheidung des Gesetzes zu vereinigen, wollen daher einige[3]) statt remanere, *non* remanere lesen. Andere[4]) hingegen sehen diesen Grund blos als einen Zweifelsgrund an, der sich auf das dubitatur bezieht, und unterscheiden davon durch eine Parenthese die Worte: (*Sed verius est remanere*). Noch andere[5]), welche auch mit Beybehaltung der gemeinen Leseart *remanere* lesen, glauben jedoch, daß man statt *locum non habet*, vielmehr locum habet ohne Negation lesen müsse. Allein daß das Fragment, ohne eine Aenderung vornehmen zu dürfen, einen vollkommen richtigen und zusammenhängenden Sinn habe, ist schon an einem andern Orte gezeigt worden. Hier will ich nur noch zur mehreren Bestärkung die griechische Uebersetzung

3) AUGUSTINUS Emendation. Lib. I. cap. 3. DONELLUS *Commentar.* iur. civ. Lib. XXI. cap. 3. u. a. m.

4) *Franc.* RYGERBOS Observation. iuris Rom. Cap. I.

5) *Franc.* BALDUINUS de Lege Aquilia pag. 175. *edit. Halens.* VOET Commentar. ad Pandect. h. t. §. 31.

6) Siehe den 4. Theil dieses Commentars §. 284. d. S. 24. Not. 74.

tzung aus den Basiliken [7]) hinzufügen, welche bis jetzt von keinem Ausleger jener Stelle benutzt worden ist. Sie lautet bey Meerman [8]) folgendermaßen:

Εἰ δὲ καὶ ἱμάτια χρήσω σοι, καὶ διαφθείρῃς αὐτὰ, ἁρμόζει καὶ ἡ τῶν ἐν χρήσει διδομένων, καὶ ἡ ἐξ ὁμολογίας μὲν ἀπαιτοῦσα τὸ ἁπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγή. Καὶ ταύτης μὲν κινουμένης, ἀναιρεῖται ἡ κατὰ τῶν ἐν χρήσει διδομένων κινουμένη ἀγωγή. Ταύτης δὲ κινουμένης, ἐπὶ τῷ περιττῷ σώζεται ἡ ἀπαιτοῦσα ἐξ ὁμολογίας μὲν τὸ ἁπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀγωγή. i. e. *Sed et si vestes tibi commodavero, tuque eas corruperis, competit et de commodatis actio, et ea, quae ex confessione quidem simplum, ex infitiatione autem duplum petit. Atque, hac quidem instituta, tollitur actio, quae de commodatis movetur: illa autem instituta, in amplius salva est actio, quae ex confessione quidem simplum, at ex infitiatione duplum petit.*

§. 704.

Wem steht die Klage des Aquilischen Gesetzes zu? Gegen wen ist sie anzustellen? Strafe des Läugnens.

Die *actio directa* ex Lege Aquilia kann nur von dem Eigenthümer der beschädigten Sache angestellt werden. Die Worte des Aquilischen Gesetzes [9]): *domino dare damnas esto*, beweisen dieses klar. Ueberdem sagt Ulpian [10]) ausdrücklich: Legis autem Aquiliae actio hero

7) *Lib. LII. Tit. 1. Constit. 33. §. 2.*

8) Nov. Thesaur. iuris civ. et canon. Tom. V. pag. 101.

9) *L. 2. pr. L. 27. §. 5. D. h t.*

10) *L. 11. §. 6. L. 43. D. h. t.*

competit, hoc est, *domino.* In der Folge gestattete man auch jedem Andern, der ein dingliches Recht an der beschädigten Sache hat, eine *actio utilis* ex Lege Aquilia, z. B. dem Usufructuar, desgleichen dem Pfandgläubiger.

L. 11. §. 10. *D. h. t.* An fructuarius vel usuarius Legis Aquiliae actionem haberet, *Iulianus* tractat. Et ego puto melius, sagt Ulpian, *utile iudicium* ex hac causa dandum.

L. 17. *pr. D. h. t.* Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori [11]), vel ei, qui pignori accepit, *in factum actione* tenebitur.

L. 17. §. 3. *D. de usufr.* Si quis servum occiderit, *utilem actionem exemplo Aquiliae* fructuario dandam, nunquam dubitavi.

Eben so, wie Ulpian, lehrt auch Paulus.

L. 12. *D. h. t.* Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum, vel occiderit, in quo usufructus meus est: danda est mihi, *ad exemplum Legis Aquiliae*, actio in eum *pro portione usufructus* [12]); ut etiam ea pars

11) Der bonae fidei possessor klagt nämlich darauf, quod sua interest, servum non occidi, propter id, quod a venditore consecuturus fuisset, si dominus servum evicisset, non occidisset, wie der Scholiast der Basiliken ad Lib. LX. *Tit.* 3. Const. 17. ad v. *Possessori* Tom. VII. pag. 80. sagt. Man sehe auch SUAREZ Comm. ad L. A. Lib. III. Cap. V. nr. 16—21. pag. 156.

12) Die Worte: *pro portione usufructus* erklärt der griechische Scholiast c. l. pag. 76. so: ut, si *solidum usumfructum quis habeat, in solidum habeat actionem, si semissem, in semissem.*

Ihm

pars anni in aestimationem veniat, qua nondum ususfructus meus fuit[13]).

L. 30. §. 1. *D. eodem.* Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit[14]), quaeritur? Sed hic iniquum est, et domino et

Ihm pflichtet auch SUAREZ cit. Comm. Lib. II. Cap. III. Sect. II. nr. 43. bey. Allein richtiger erklärt POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XL. not. g. pag. 287. diese Worte so: *pro portione, quam in pretio servi ususfructus in eo alienus minuet.* Z. B. der Sklave war an sich 30 aureos werth, allein wegen des davon getrennten Nießbrauchs konnte man ihn nur auf 20 ansetzen. Hier konnte der Usufructuar nur 10 aureos zum Ersatz fordern, wenn der Proprietar den Sklaven widerrechtlich getödet, oder denselben durch Verwundung zum Dienst unbrauchbar gemacht hatte. Denn dies ist der Betrag des wegen des getrennten Nießbrauchs verminderten Werths.

13) Weil nämlich bey der Ausmittelung des höchsten Werths das Jahr rückwärts gerechnet wird, so kommt es hier nicht darauf an, ob der Usufructuar schon während dieses Jahrs den Nießbrauch gehabt hat, oder nicht.

14) Man muß sich hier einen solchen Fall gedenken, da das Pfand für eine Forderung ist gegeben worden, welche der Gläubiger binnen der gesetzlichen Verjährungszeit nicht eingeklagt hat. Da hier, der eingetretenen Verjährung ungeachtet, immer noch eine natürliche Verbindlichkeit des Schuldners vorhanden ist, weswegen das Pfand gültig bleibt; so hat der Gläubiger allerdings ein starkes Interesse, daß das Pfand nicht beschädiget werde, weil er sich, wegen des durch die Verjährung erloschenen Klagerechts, lediglich an das Pfand halten muß, und außerdem keine andere Art der Rechtsverfolgung hat. S. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XXXIV. not. p. pag. 286.

et creditori eum teneri: nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem[15]), et, quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem. Et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori; ipsi autem debitori in id, quod debitum excedit, competit Aquiliae actio.

Allein die Frage ist, ob auch derjenige die Klage aus dem Aquilischen Gesetz anstellen könne, der nur ein persönliches Recht an der beschädigten Sache hat? Die Rechtsgelehrten sind darüber verschiedener Meinung. Die ältern[16]), und auch unter den neuern Herr von Löhr[17]), erfordern zur Anstellung der Aquilischen Klage ein dingliches Recht auf die beschädigte Sache. Dagegen hat **Schöman**[18]) zu zeigen gesucht, daß auch schon ein persönliches Recht hinreichend sey. Nach **Thibaut**[19]) kann die Klage von

15) Denn was der Gläubiger mit der Aquilischen Klage am Werthe des Pfandes erhält, muß er sich auf die Schuld anrechnen lassen. Der Schuldner kann auch selbst noch auf das klagen, was der Werth des Pfandes mehr beträgt, als die Schuld.

16) NOODT ad L. Aquil. cap. II. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

17) Theorie der Culpa. 2. Abschn. §. 14. Not. 2. S. 83.

18) Handbuch des Civilrechts I. B. S. 217.

19) System des Pandect. Rechts 2. B. §. 964.

von jedem angestellt werden, welcher ein Interesse dabey hat, daß die Sache nicht beschädiget werde. Eben so Höpfner [20]) und Hellfeld. Für jene Meinung spricht nun zwar freylich die *L.* 11. §. 9. *D. h. t.* wo **Ulpian** sagt:

Eum, cui vestimenta *commodata* sunt, non posse, si scissa fuerint, *Lege Aquilia* agere, *Iulianus* ait: sed domino eam competere.

Dagegen aber sagt doch auch eben dieser **Ulpian** *L.* 27. §. 14. *D. eodem.*

Si avenam in segetem alienam inieceris, si locatus sit fundus, *in factum* agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere, amplius non agi, scilicet ne dominus amplius inquietet.

Der Pächter, als solcher, hat doch gewiß vor geschehener Perception der Früchte kein dingliches Recht daran [21]); und dennoch wird ihm hier die actio in factum eingeräumt, so gut, als dem Eigenthümer selbst. Warum sollte ihm nicht auch, wenn die Früchte anf andere Art vor der Aerndte sind corrumpirt worden, die actio Legis Aquiliae zustehen, da beyde Klagen weiter nicht, als in Ansehung des gerichtlichen Verfahrens, von einander unterschieden waren? Dahingegen kann der Käufer, wenn die Sache nach eingetretener Perfection des Contracts, aber noch vor geschehener Tradition, von Jemand beschädiget wird, von dem Verkäufer nur eine Cession der Aquilischen Klage verlangen.

L. 13.

20) Commentar über die Institutionen §. 1052.

21) §. 36. *I. de rer. divis.*

L. 13. §. 12. *D. de actionib. emti vend.* Sed et si quid praeterea rei venditae nocitum est, actio emtori praestanda est, damni forte infecti, vel aquae pluviae arcendae, vel *Aquiliae*.

Der anscheinende Widerspruch dieser Gesetzstellen *läßt* sich ohne alle Schwierigkeit heben, wenn man folgende Fälle unterscheidet.

1) Derjenige, welchem nur ein persönliches Recht an der beschädigten Sache zusteht, hatte auf den Erwerb des Eigenthums derselben einen schon begründeten Anspruch. Hier kann der Pächter, wenn die Früchte vor der Aerndte beschädiget worden sind, ohne allen Zweifel aus dem Aquilischen Gesetz oder actione in factum klagen. Der Käufer hingegen kann sich auf verschiedene Art helfen, wenn vor der Uebergabe die Sache durch die positive Handlung des Verkäufers oder eines Dritten beschädiget worden ist. Er kann entweder zuvor auf Tradition klagen, und dann den Urheber des Schadens actione directa ex Lege Aquilia belangen. Denn, um von dieser Klage Gebrauch zu machen, braucht man nicht gerade zur Zeit der Beschädigung schon Eigenthümer der Sache gewesen zu seyn, sondern ein auch nachmals erst erlangtes Eigenthum berechtiget dazu [22]). Sollte etwa die Sache durch unvorsichtige Thätigkeit des Verkäufers, sey auch das Versehen noch so gering, zu Grunde gerichtet seyn, so kann er gegen den Verkäufer actione emti klagen [23]); oder er kann sich auch, wenn

22) *L.* 43. *D. h. t.* Dominum Lex Aquilia appellat, *non utique eum, qui tunc fuerit, cum damnum daretur.*

23) S. SCHOEMAN Handbuch des Civilrechts 1. B. S. 223. ff.

wenn ein Dritter den Schaden angerichtet, die Klage des Aquilischen Gesetzes von dem Verkäufer cediren lassen [24]).

2) Der Personalberechtigte hat zwar auf den Erwerb des Eigenthums keinen Anspruch, er ist aber doch wegen seiner Nachlässigkeit dem Eigenthümer für den Schaden verantwortlich. Hier kann auch der Miethmann, desgleichen der Commodatar die actio utilis ex Lege Aquilia anstellen [25]).

3) Der Personalberechtigte ist wegen des Schadens, den ein Dritter durch eine widerrechtliche Handlung verursacht hat, dem Eigenthümer nicht verantwortlich. Hier kann nicht jener, sondern nur dieser die Aquilische Klage anstellen [26]).

Daß übrigens die Klage aus dem Aquilischen Gesetz auch den Erben und übrigen Nachfolgern des Beschädigten zustehe,

24) *§. 3. I. de emtione et vendit.* Utique tamen vindicationem rei et condictionem (sc. furtivam) exhibere debebit emtori: *quia sane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipse dominus est.* Idem etiam est de furti et *de damni iniuriae actione.*

25) *L. 41. D. Locati.* VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 10. THIBAUT System des PR. 2. B. §. 963. not. a.

26) *L. 11. §. 9. D. h. t.* Jedoch glaubt WERNHER in lectissim. Commentat. in Pand. P. I. h. t. §. 10 daß auch in diesem Falle der Commodatar wegen des ihm entzogenen Gebrauchs der Sache mit der Klage aus dem Aquilischen Gesetz zu hören sey. Er könne nur nicht wegen der beschädigten Sache selbst auf Aestimation klagen. Allein auch die *L. 2. pr. D. Si quadrupes,* worauf er sich beruft, giebt dem Commodatar nur eine Klage, *quatenus tenetur commodanti.*

zustehe, leidet, bey der ausdrücklichen Verordnung der Gesetze[27]), keinen Zweifel.

Der Beklagte ist hiernächst derjenige, welcher den Schaden angerichtet hat. Läugnet er, die schädliche Handlung begangen zu haben, und er wird nachher derselben überführt, so kann er auf das Doppelte belangt werden[28]). Denn, wenn gleich die Größe der obligatio erst durch den Richter bestimmt werden soll, so wird es doch so angesehen, als wenn über die Richtigkeit des Factums schon abgeurtheilt wäre[29]). Balduin[30]) glaubt, daß von dieser Strafe des Läugnens ein eignes Capitel des Aquilischen Gesetzes gehandelt habe, und zwar wahrscheinlich das vierte. Denn wenn gleich Cajus[31]) bey dem ersten Capitel des Aquilischen Gesetzes die Bemerkung hinzufügt:

> Et infra deinde cavetur, *ut adversus inficiantem in duplum actio esset*;

so gehöre doch diese Strafe eben so gut zu dem dritten, als zu dem ersten Capitel des Gesetzes, und es scheine daher das vierte Capitel davon gehandelt zu haben. Allein Mylius[32]) hat dieser Meinung nicht ohne Grund widersprochen. Die ganze Fassung des oben angeführten dritten Capitels

27) *L. 23. §. 8. D. h. t.*

28) *L. 2. §. 1. L. 23. §. 10. D. eod.*

29) Das Gesetz sagt: DARE — DAMNAS ESTO. *L. 2. pr. L. 27. §. 3. D. h. t.* S. von Löhr Theorie der Culpa. §. 20. S. 130.

30) De Lege Aquilia pag. 159. sq.

31) *L. 2. §. 1. D. h. t.*

32) Diss. postuma de tribus Legis Aquiliae capitibus, in dem Reitzischen Theophilus Tom. II. pag. 1101.

pitels beweißt es, daß es das letzte gewesen seyn müsse. Hierzu kommt noch die Auctorität des griechischen Paraphrasten der Institutionen[33]), welcher ausdrücklich sagt: Ἡ δὲ τούτου νομοθεσία εἰς τρία διαιρεῖται κεφάλαια. i. e. *Huius autem constitutio in tria dividitur capita.*

Da die Klage des Aquilischen Gesetzes eine Pönalklage ist, so hat sie

1) gegen mehrere, die den Schaden mit einander angerichtet haben, in solidum Statt, und zwar so, daß die Zahlung des einen die übrigen nicht befreyt, weil durch die Begehung des Delicts alle gleiche Strafe verwirkt haben.

L. 11. §. 2. *D. h. t.* Si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus? Et si quidem apparet, cuius ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri IULIANUS ait. *Et, si cum uno agatur, caeteri non liberantur: nam ex Lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena.*

2) Sie kann nicht gegen die Erben angestellt werden, außer wenn der Prozeß noch bey Lebzeiten des Erblassers seinen Anfang genommen hätte, oder die Erben durch den entstandenen Schaden reicher geworden sind.

§. 9. *I. h. t.* Constat, in heredem eam actionem non transire, quae transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis aestimaretur.

L. 23. §. 8. *D. h. t.* Hanc actionem et heredi caeterisque successoribus dari constat. Sed in heredem, vel

33) THEOPHILUS in Paraphr. graec. Institut. Lib. IV. Tit. 3. princ. nach Reitz Tom. II. pag. 753.

vel caeteros haec actio non dabitur, *cum sit poenalis*: nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.

L. un. C. Ex delictis defunctor. in quantum heredes conveniant. Post litis contestationem, eo, qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, *successores* eius *in solidum*, alioquin, *in quantum ad eos pervenit*, conveniri, iuris absolutissimi est: ne alieno scelere ditentur.

Wird wegen eines widerrechtlichen Schadens actione in factum geklagt, so glauben viele [34]), die Klage gehe wider die Erben. Allein man setzt hier voraus, daß diese Klage eine reine actio rei persecutoria sey, welches aber oben widerlegt worden ist.

3) Concurrirt die Klage mit mehreren Pönalklagen, so werden diese so wenig durch sie, wie sie durch die andern consumirt.

L. 2. D. de delictis priv. Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur. Neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam. §. 1. Qui igitur hominem subripuit, et occidit: quia subripuit, *furti*, quia occidit, *Aquilia* tenetur. Neque altera harum actionum alteram consumit. §. 2. Idem dicendum, si rapuit, et occidit: *nam et vi bonorum raptorum, et Aquilia tenebitur.*

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die Klage des Aquilischen Gesetzes auch unter Ehegatten Statt habe. Ulpian läßt uns hieran nicht zweifeln, wenn er *L.* 27. §. 30. *D. h. t.* sagt:

Si

34) THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 963. und andere oben S. 337. Not. 96. angeführte Rechtsgelehrten.

Si cum maritus uxori *margaritas extricatas*[35]) dedisset in usu, eaque invito, vel inscio viro perforasset, ut pertusis in linea uteretur, *teneri eam Lege Aquilia*, sive divertit, sive nupta est adhuc.

Auch sagt **Paulus** *L. 26. D. eodem.*

Mulier, si in viri damnum dederit, *pro tenore Legis Aquiliae convenitur.*

Da

35) Die Basiliken haben Lib. LX. Tit. 3. Const. 27. §. 30 ἀτρήτους μαργαρίτας i. e. *margaritas non perforatas. Io.* LEUNCLAVIUS Notator. Lib. II. Nr. XXXII. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. III. pag. 1510.) hält daher das in der *L. 27. §. 30. D. cit.* vorkommende Wort extricatas für corrupt, und will dafür lieber *margaritas atretas* lesen. *Iac.* CUJACIUS Lib. XVIII. Observation. cap. 37. erklärt diesen Ausdruck nach PLINIUS Lib. IX. *Hist. Nat.* cap. 35. durch *exaluminatas*, scilicet a detracto alumine, nondum tamen pertusas, et in lineam conjectas. Fast auf gleiche Art erklärt *Caelius* RODIGINIUS Lib. V. Lection. Antiquar. cap. ult. das Wort extricatas durch *purgatas.* Allein man kann die Leseart *extricatas* füglich beybehalten. Denn *extricare* heißt, wie *Ger.* NOODT ad L. Aquil. cap. 15. gezeigt hat, nichts anders, als *solvere* seu *expedire*, und läuft also mit purgare auf eins hinaus. Man sehe auch *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. III. Thes. Iur. Rom. pag. 57. und SUAREZ in Comm. ad L. Aquil. Lib. II. cap. III. Sect. III. nr. 3. pag. 124. Uebrigens haben die griechischen Scholiasten *ad Basilica Lib. LX. Tit. 3. Tom. VII. pag. 69.* zur Erläuterung der angeführten Stelle eine Bemerkung gemacht, welche hier einen Platz verdient. Τοῖς γὰρ παλαιοῖς μᾶλλον οἱ ἄτρητοι ἐχρησίμευον, ὅτι ἐχρῶντ αὐτοῖς ὡς λίθοις. i. e. *Veteres enim non perforatis magis utebantur, quia eis utebantur quasi lapillis.*

Da jedoch während der Ehe keine Pönalklage unter Ehegatten statt findet[36]); so behauptet Suarez[37]) nicht ohne Grund, daß die Aquilische Klage unter Eheleuten, auch selbst im Läugnungsfalle, immer nur auf einfachen Ersatz gehe. Eben dies ist auch die Meinung der griechischen Scholiasten[38]), welche bey der angeführten *L.* 27. §. 30. *h. t.* die Bemerkung gemacht haben. Πλὴν εἰς τὸ ἁπλοῦν, κἂν ἀρνήσηται, καταδικάζεται. i. e. *Sed in simplum, etiamsi inficiata sit, condemnatur.*

§. 705.

Heutiger Gebrauch des Aquilischen Gesetzes.

Ob die Lex Aquilia noch heut zu Tage eben dieselbe Anwendbarkeit habe, wie zu Ulpians Zeiten? ist unter den heutigen Rechtsgelehrten sehr streitig. Thomasius[39]), dem auch Höpfner[40]) beystimmt, glaubt, daß von dem Gesetz selbst in Deutschland keine Anwendung zu machen sey. Denn die wegen eines damni iniuria dati Statt findende Klage, deren man sich heut zu Tage bedient, sey nicht auf das Aquilische Gesetz, sondern auf das deutsche Recht, und auf die natürliche Billigkeit gegründet. In so weit also die Verordnungen dieses Gesetzes bloße Vorschriften

36) *L.* 2. *C. rerum amotar.*

37) Comm. ad L. Aquil. Lib. II. Cap. III. Sect. III. *nr.* 49. pag. 127.

38) Ad Basilicor. Lib. LX. Tit. 3. Tom. VII. pag. 96. ad verb. *Matrimonio.*

39) Diss. de larva Legis Aquiliae detracta actioni de damno dato, receptae in foris Germanorum. *Halae* 1703.

40) Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 1060.

schriften des Naturrechts sind, wären sie auch bey uns gültig. Dagegen behaupten Schöman[41]) und Löhr[42]), daß sich die heutige Anwendbarkeit des Aquilischen Gesetzes mit Grund nicht bezweifeln lasse. Denn es sey ja bey uns bis jetzt noch keine öffentliche Strafe damit verbunden worden, und davon hange ja bekanntlich die heutige Anwendbarkeit der Römischen Pönal- und gemischten Klagen ab. Die Richtigkeit dieser Theorie werde durch den Ausspruch des römischen Juristen Paulus außer Zweifel gesetzt, welcher *L. 6. D. de Iniur.* sage:

Plane si actum sit iudicio publico, denegandum est privatum.

Die meisten heutigen Rechtsgelehrten[43]) gehen den Mittelweg. Sie behaupten, daß zwar die in dem Aquilischen Gesetz bestimmten Privatstrafen nach dem heutigen Gerichtsgebrauche wegfielen, im Uebrigen aber fänden die Grundsätze des Römischen Rechts über die Klage wegen widerrechtlich erlittenen Schadens noch heut zu Tage ihre An-

41) Handbuch des Civilrechts I. Bd. S. 231. f.

42) Theorie der Culpa §. 18. S. 112. ff.

43) *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 10. STRYK Us Mod. Pand. h. t. §. 2. et 3. STRUV Synt. iur. civ. Ex. XIV. Th. 25. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 24. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 12. SCHILTER Prax. iuris Rom. in foris Germ. Ex. XIX. §. 60. sqq. PUFENDORF Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 95. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 24. BOEHMER Doctr. de actionibus. Sect. II. Cap. XI. §. 21 — 23. Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1209. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 3009. THIBAUT System des Pand. R. 2. Bd. §. 963. und 964. von Berg jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle 1. Th. Nr. XVI. S. 216. u. ff. u. a. m.

Anwendung. Diese letztere Meinung, wenn sich auch gleich nach theoretischen Gründen vieles dagegen einwenden läßt[44]), ist dennoch in der heutigen Praxis die gewöhnliche, wornach gesprochen wird. Die heutige Praxis weicht nämlich in folgenden Stücken von der Strenge des Aquilischen Gesetzes ab.

1) Alle Rechtsmittel, welche das Römische Recht wegen eines widerrechtlichen Schadens giebt, die *actio Legis Aquiliae directa*, *utilis*, und die *actio in factum*, gehen jetzt nur auf reinen Schadensersatz; und zwar wird nur auf den Werth Rücksicht genommen, den die Sache zur Zeit der Beschädigung hatte, ohne die verschiedenen Fälle, wovon das erste und dritte Capitel des Aquilischen Gesetzes handeln, weiter von einander zu unterscheiden. Doch kann auch alles erweisliche Interesse, nach den oben vorgekommenen Grundsätzen, ohne Zweifel in Anschlag gebracht werden[45]). Was also oben (S. 369.) von der successiven Concurrenz der Contractsklage und der actio Legis Aquiliae gesagt worden ist, wenn man in Rücksicht des Objects durch die letzte noch mehr erhalten konnte, als durch die erste, fällt jetzt weg[46]). Dahingegen kann die actio Legis

44) S. Webers Versuche über das Civilrecht S. 66—69.

45) Man vergleiche hier vorzüglich Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen zur Erläuterung des deutschen Rechts 1. Bd. S. 493. ff. *Gall. Aloys.* KLEINSCHROD Doctrina de reparatione damni delicto dati. Specim. I. (*Wirceburgi 1798.* 4.) §. 17. et 18. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 1. Theil (Halle 1806. 8.) §. 170.

46) THIBAUT System des Pand. R. 2. Bd. §. 964.

gis Aquiliae gegen einen Contrahenten auch noch heut zu Tage auf Ersatz eines jeden Schadens angestellt werden, den er durch unvorsichtige positive Thätigkeit verursacht hat, ohne auf den Grad des Versehens Rücksicht zu nehmen [47]). Jedoch fällt

2) die Verurtheilung auf das Doppelte, wegen arglistigen Läugnens, heut zu Tage weg. Indessen weichen hierin selbst manche practische Rechtsgelehrten [48]) von der gewöhnlichen Meinung ab.

3) Haben mehrere zusammen den Schaden angerichtet, so sind sie entweder alle als Urheber der rechtswidrigen Handlung anzusehen, aus welcher der Schade entstanden ist, oder nur einer ist als Urheber, der andere als Gehülfe, das ist, als ein solcher anzusehen, welcher die unerlaubte That nur auf irgend eine Art befördert hat, die von dem ersten begangen worden ist. Jene haften zwar auch noch heut zu Tage in solidum, und zwar ohne Unterschied, sie mögen alle, oder nur einer aus bösem Vorsatz gehandelt haben, und der andere in einer bloßen Culpa seyn [49]). Hat jedoch einer von denselben den ganzen Schadensersatz geleistet, so sind die übrigen von allem weitern Anspruche

 frey.

47) *Ge. Frid.* KRAUS Diss. de Lege Aquilia in eos etiam, quos contractus ad exactissimam diligentiam non obligat, culpam levissiman vindicante. §. 14.

48) LAUTERBACH c. l. §. 24. und HOFACKER c. l. §. 3009. in fine.

49) S. KLEINSCHROD cit. Doctrina Specim. I. §. 9. et 10. und Carl Aug. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts 1. Th. §. 175. S. 446.

frey [50]). Wenn hingegen von mehreren der eine als Urheber, der andere als Gehülfe an der rechtswidrigen Handlung Theil nahm; so ist zwar der Natur der Sache nach dieser so gut, als jener, zur Privatgenugthuung verbunden. Denn diese Verbindlichkeit beruhet überhaupt auf der widerrechtlichen Handlung [51]). Allein der Gerichtsgebrauch macht zunächst den Urheber verantwortlich, welcher hauptsächlich für den Schaden haftet. Der Gehülfe ist nur in sofern verbindlich, als seine Handlung den Schaden selbst bewirkt hat, und der Urheber zu unvermögend ist, die Genugthuung zu leisten [52]). Dahingegen haben bloße Begünstiger keine Verbindlichkeit zur Entschädigung, weil der Schade nicht aus ihrer widerrechtlichen Handlung entstand. Daher wirkt heutigen Tages die bloße Genehmigung einer Schadensstiftung noch keine Verbindlichkeit zur Privatgenugthuung, ausgenommen bey Ehrenverletzungen, wo die Genehmigung selbst Beleidigung wird [53]). Denn die Römi-

50) SCHILTER Prax. Iur. Rom. Ex. XIX. §. 70. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 21. *de* BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. IX. §. 12. not. 3. Schröter a. a. O. S. 491. Zwar will CARPZOV P. II. Decis. 90. den correis das beneficium divisionis einräumen. Allein daß dieses hier nicht Statt finde, wo die Correalverbindlichkeit aus einer rechtswidrigen Handlung entspringt, zeigt BOEHMER in Meditat. ad Art. 204. C. C. C. §. 6. Man sehe auch HOFACKER c. l. §. 3009. not. g. und Tittmann a. a. O. S. 446.

51) Tittmann a. a. O. S. 448.

52) *§. 11. I. de obligat. quae ex delicto nasc. L. 4. §. 5. D. de vi bonor. rapt. L. 55. D. pro socio. Frid. Es.* PUFENDORF Commentat. de culpa P. III. Cap. 1. §. 26. sqq.

53) S. KLEINSCHROD Doctrina cit. Specim. I. §. 7. et 8. WESTPHAL Diss. de consortibus et adiutoribus criminum eorumque poena

Römischen Gesetze, welche die Genehmigung der Schadensstiftung gleichsetzen [54]), haben nie gerichtlichen Gebrauch erhalten [55]).

4) Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz wird heut zu Tage als eine auf dem Vermögen des Schadenstifters haftende Schuld angesehen, welche mit demselben auf jeden Erwerber übergeht. Daher sind, nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, die Erben unbedingt verbunden, den von ihrem Erblasser zugefügten Schaden aus dem Nachlasse zu ersetzen, jedoch weiter nicht, als so weit die Erbschaftsmasse zum Ersatz zureicht [56]). Die Praxis nimmt hier das Canonische Recht zur Richtschnur an [57]), wenn gleich dasselbe eigentlich nicht die weltliche, sondern nur

 die

poena et noxa. Cap. IV. §. 30. sqq. und Tittmann im angef. Handbuch 1. Th. §. 175. S. 447. f.

54) *L. 1. §. 14. D. de vi et vi arm. L. 152. §. 2. D. de Reg. iur.*

55) S. *Casp.* ZIEGLER Diss. de ratihabitione, eiusque effectu iuris §. 23. (in EIUS *Disceptat. for.* Nr. 17.) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXIII. Corol. 1. et Specim. DXXXIV. medit. 11. et 12. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 127. Not. p. S. 310.

56) KLEINSCHROD Doctr. cit. de reparatione damni delicto dati. Specim. I. §. 12—14 und Tittmann a. a. O. §. 176.

57) *Cap. 14. X. de Sepult. Cap. 5. X. de rapt.* LEYSER Meditat. ad Pand. Spec. CXII. Cor. 3. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. IV. Observ. 95. Schröters vermischte jurist. Abhandlungen. 1. Bd. S. 492. a. E. von Quistorp Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. 1. Th. §. 87. S. 124. KLEINSCHROD cit. loc. §. 14. und Tittmann a. a. O. §. 176. Not. n. S. 449.

die geistliche Gewalt für hinreichend hält, die Erben um des Seelenheils ihres Erblassers willen zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit zu zwingen[58]).

5) Nach der heutigen Praxis kann ferner mit der actio Legis Aquiliae utilis auch auf Schmerzengeld geklagt werden[59]). In den deutschen Gesetzen ist dieses ausdrücklich gegründet[60]), und findet neben der Verbindlichkeit zum Ersatz des Heilerlohns, der Versäumnißkosten, und der übrigen oben (S. 342.) näher angegebenen Entschädigung des Verwundeten Statt[61]). Die Größe dieses Geldes bestimmt der Richter nach der Beschaffenheit der Verwundung und der Dauer der Cur[62]). Gewöhnlich wird hier-

58) S. von Löhr Theorie der Culpa §. 18. S. 113.

59) *Pet.* MÜLLER Diss. de pecunia doloris. *Ienae 1686.* von Quistorp Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien (Rostok und Leipz. 1787. 8.) Abh. 23. und Ludw. Joh. Dankwarth über Schmerzgeld. Rostok 1788.

60) P. G. O. Carls V. Art. 20. Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 248.

61) Anderer Meinung sind zwar *Io. Andr.* FRIEDERICH in Diss. de vulnerationum satisfactione e Germanorum legibus caute derivanda. *Altdorfii 1781.* und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 11. not. x. Allein daß nach dem heutigen Gerichtsgebrauche die Sache ausser Zweifel sey, bestätigen STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. VOET Comm. h. t. §. 11. PUFENDORF Observat. iur. univ. T. IV. Obs. 51. Meisters rechtliche Erkenntnisse in peinl. Fällen. 1. Th. Decis. 30. nr. 21. Tittmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 171. Nr. IV. S. 432.

62) MÜLLER cit. Diss. Cap. III. Th. 2. et 3. und Tittmann a. a. O. S. 432.

hierbey die Summe der Curkosten zum Maasstabe angenommen [63]). Sogar die Erben des Verwunders sind noch zur Bezahlung des Schmerzengeldes verbunden, wenn gleich die Klage bey Lebzeiten ihres Erblassers nicht war angestellet worden [64]). Nur die Erben des Verwundeten können das Schmerzengeld nicht mehr fordern [65]); auch nicht der Verwundete, wenn er Urheber des Streits war, in welchem die Verletzung erfolgte [66]); obwohl der Umstand, daß man den Streit selbst angefangen hat, den Anspruch auf Schadensersatz, nämlich auf Vergütung der Cur- und Heilungskosten, nicht ausschließt, wenn nämlich der Andere sich eines groben Excesses schuldig gemacht haben sollte [67]).

Endlich ist noch

6) zu bemerken, daß die heutige Praxis auch wegen der Verunstaltung einer Person, außer der Verbindlichkeit zum Unterhalte, wenn sie durch Lähmung, oder Beraubung des Gesichts, zur Treibung ihres Gewerbes gänzlich unbrauchbar gemacht worden ist, noch einen Anspruch auf Entschädigung Statt finden läßt, wenn nämlich dadurch

63) Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts 1. Th. §. 337. S. 505.

64) Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1208. Not. m.

65) Quistorp in den angef. Grundf. §. 337. S. 506.

66) S. HOMMEL Rhapsod. Quaestion. for. Vol. II. Obs. 383. *Ge. Iac. Frid.* MEISTER Princip. iur. crim. Germ. commun. §. 173. in fin. pag. 185.

67) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. IV. Obs. 52. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXII. medit. 2. et 3. und Quistorp Grds. des P. R. 1. Th. §. 336.

durch das künftige Fortkommen des Beschädigten erschwert wird [68]). Diese Entschädigung findet nicht blos bey Frauenspersonen Statt, wenn ihnen durch die Verunstaltung die Hoffnung einer ehelichen Versorgung ist vereitelt worden [69]); sondern auch bey Mannspersonen, wegen Verhinderung zu gewissen Aemtern, bey welchen die Verunstaltung einen Anstoß geben würde [70]).

Daß übrigens die Stiftung eines rechtswidrigen Schadens zuweilen eine öffentliche Strafe zur Folge haben könne, leidet keinen Zweifel. Jedoch ist diese Strafe, wo die That nicht in ein besonderes benanntes Verbrechen übergeht, gewöhnlich der richterlichen Willkühr überlassen [71]).

Nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes pflegt man heut zu Tage auch die Frage zu entscheiden, ob ein Verleger wegen eines ihm confiscirten Buchs Entschädigung fordern könne [72])? Man unterscheidet nehmlich auf folgende Art. Das Buch ist entweder unter Auctorität des

68) STRYK Us. Mod. Pand. Lib. IX. Tit. 3. §. 5. *van* LEEUWEN Censur. for. Lib. V. cap. 21. nr. 18. SCHILTER Prax. Iur. Rom. in for. Germ. Exercit. XIX. §. 34. sqq. *Io. Sam. Frid.* BOEHMER ad *Carpzovium* Qu. XCIX. Observ. 1. Quistorps Grundsätze des peinl. Rechts. 1. Th. §. 337.

69) S. BOEHMER c. l.

70) S. SCHILTER c. l. §. 37. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 248. Not. b. S. 355. und Tittmanns Handbuch des deutschen peinl. Rechts 1. Th. §. 171. Not. r. S. 431.

71) Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 311.

72) S. Schlötzers Staatsanzeigen Heft 72. des 18. Bandes S. 453.

des rechtmäßigen Censors gedruckt worden, oder nicht. In dem letztern Falle hat sich der Verleger den Schaden selbst zugezogen, und er kann daher keine Entschädigung fordern, weil der Auctor und Verleger in pari reatu versiren. In dem ersten Falle hingegen kann sich zwar der Verleger nicht an den Verfasser des Buchs halten. Denn wenn ein Verfasser sein Buch der Censur unterwirft, und es wird zum Druck gelassen, so ist er außer aller Verantwortung[73]). An wen wird sich also hier der Verleger halten müssen? Man unterscheidet hier so. Entweder hat sich der Censor eines Fehlers in seinem Amte schuldig gemacht, daß er ein schädliches Buch zum Druck gelassen, oder es kann auch diesem nichts zur Last gelegt werden. Im ersten Falle muß sich der Verleger an den Censor halten, und gegen diesen die actio Legis Aquiliae utilis anstellen[74]). In dem letztern Falle hingegen, wenn der Staat dafür hält, daß, der gesetzlich beobachteten Form ungeachtet, dennoch das Buch zu verbieten sey, so muß ihn der Staat entschädigen, weil der Verleger alsdann um des gemeinen Bestens willen leidet[75]).

73) *L. 167. §. 1. D. de Reg. iuris.*

74) *Arg. L. 8. et 9. pr. D. h. t. L. 9. §. penult. D. Locati cond.*

75) *Arg. L. 1. D. ad Leg. Rhod. de iactu.*

Lib. IX. Tit. III.

De his, qui effuderint, vel deiecerint.

§. 706.

Verschiedene Rechtsmittel wegen eines durch Werfen oder Gießen aus einem Hause auf die Straße zugefügten Schadens.

Eine besondere Art des damni iniuria dati ist der Schade, welcher dadurch zugefügt wird, daß Etwas aus einem Hause auf die öffentliche Straße, ohne vorhergegangene Warnung, gegossen oder geworfen worden ist [76]. In einem solchen Falle kann nicht nur gegen den Thäter, wenn dieser ausfindig zu machen ist, mit der actione Legis Aquiliae, oder actione iniuriarum geklagt werden; sondern es haftet auch wegen eines solchen Schadens der Hauswirth selbst, oder der Bewohner der Etage, aus welcher gegossen oder geworfen worden ist, quasi ex delicto für das Versehen seiner Hausleute [77]. Jedoch bleibt ihm der Regreß

76) Dem Herunterwerfen wird das Herunterfallen gleichgeachtet, es mag entweder beym Aufhängen oder erst nachher geschehen seyn. *L. 1. §. 3. D. h. t.*

77) *§. 1. I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc.* Item is, ex cuius coenaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, deiectum effusumve aliquid est, ita, ut alicui noceret, *quasi ex maleficio* obligatus intelligitur. Ideo autem non

Regreß gegen den Thäter unbenommen. Die Klage gegen den Bewohner des Hauses ist die *actio in factum de effusis vel dejectis*, und zwar kann dieselbe,

1) wenn der zugefügte Schade einer bestimmten Schätzung fähig ist, auf den Ersatz des doppelten Werths gerichtet werden [78]).

2) Wenn ein freyer Mensch dadurch getödet worden ist, so steht die Klage jedem Bürger zu. Denn es ist eine actio poenalis und popularis. Treten mehrere zugleich als Kläger auf, so sind diejenigen vor allen andern zuzulassen, welche ein besonderes Interesse dabey haben, oder mit dem Getödeten verwandt oder verschwägert sind [79]). Die Klage geht hier auf 50 aureos [80]), und dauert nur ein Jahr [81]).

3) Ist ein freyer Mensch blos verwundet worden, so kann die Klage sowohl von dem Verwundeten selbst, als von jedem andern Kläger auf dasjenige angestellet werden, was nach richterlichem Ermessen bestimmt werden wird; jedoch mit dem Unterschiede, daß in jenem Falle die actio perpetua, in diesem aber nur annua ist [82]). Der Richter bestimmt

non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. S. Webers systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 19. S. 51. f.

78) *L. 1. §. 4. D. h. t.*

79) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

80) *L. 1. §. 5. D. eod.*

81) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

82) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

bestimmt die Entschädigung des Verwundeten nach dem Verhältniß der Cur- und Versäumungskosten, so wie auch der verursachten Untauglichkeit zum Arbeiten, jedoch nach dem Römischen Rechte ohne Rücksicht auf die entstandene Verunstaltung [83]). Heutigen Tages aber wird noch überdem dem Verwundeten ein Schmerzengeld, so wie auch eine Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung zugesprochen [84]).

Hieraus erklären sich nun die Worte des prätorischen Edicts, welche uns **Ulpian** aufgezeichnet hat. Er sagt nämlich *L. 1. pr. D. h. t.*

Praetor ait de his, qui dejecerint, vel effuderint: *Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. Si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adjiciam, aut noxam dedere* [85]).

§. 707.

83) *L. ult. D. h. t.*

84) C. **Schmidt** theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von gerichtl. Klagen 5. Band §. 1303. und §. 1304. Nr. 4. S. 188.

85) Man vergleiche über dieses Edict *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. *Operum* Tom. II. 227. sqq. und besonders *Ev.* OTTO de tutela viarum publicarum P. III. Cap. 5.

§. 707.

Gründe der Verbindlichkeit des Bewohners.

Es scheint auf den ersten Blick hart zu seyn, wenn nach dem angeführten Edict der Hauswirth für die Schuld seiner Hausleute haften soll. Denn daß der Bewohner schon darum allemal in culpa seyn solle, weil er nicht vorsichtiger bey der Aufnahme seiner Hausleute gewesen, wie **Voet**[86]) behauptet, läßt sich, wenn man der Erfahrung, und den Gesetzen der Vernunft nicht widersprechen, wenn man keine Unmöglichkeiten zu Pflichten machen will, keinesweges annehmen. Nein, der Wirth und Bewohner des Hauses kann, moralisch betrachtet, ganz schuldlos seyn, und doch läßt sich die scheinbare Härte des prätorischen Edicts sehr wohl rechtfertigen. Denn einmal macht die Beförderung der öffentlichen Sicherheit eine solche Legislation ganz unentbehrlich, weil der wahre Thäter in solchen Fällen, da Etwas aus einem Hause gegossen oder geworfen wird, von dem Beschädigten nicht leicht ausfindig gemacht werden kann. Mit Recht sagt daher **Ulpian**[87]): Summa cum utilitate id Praetorem edixisse. *Publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari.* Sodann aber bleibt es ja dem Wirth unbenommen, seinen Regreß an den wahren Urheber zu nehmen, den er zu entdecken, eher Gelegenheit hat, als der Beschädigte[88]). Die Regreß-

86) Comm. ad Pand. h. t. §. 1.

87) *L. 1. §. 1. D. h. t.*

88) *Notandum enim,* sagt WERNHER in lectiss. Commentatt. in Pandect. h. t. §. 2. *regressui in quasi delictis locum esse, qui in veris delictis denegatur.*

greßklage, welche gegen den entdeckten Thäter angestellt werden kann, ist entweder die allgemeine Entschädigungsklage, *actio in factum*, oder wenn derselbe ein Miethmann ist, die *actio locati* [89]). Daß nun freylich manches Individuum hier, ohne alles Verschulden, das Vergehen eines Andern büßen müsse, ohne je Hoffnung zu haben, eine Vergütung wieder zu erlangen, ist nicht zu läugnen. Allein dieser zufällige Umstand kann doch, wie **Weber** [90]) sehr gründlich bemerkt hat, dem Gesetzgeber, der nur auf das Ganze Rücksicht nimmt, und nehmen kann, auf keine Weise zur Last gereichen [91]). Eben darum, weil der Beschädigte geradezu den Bewohner des Hauses belangen kann, ohne verbunden zu seyn, denselben als den **Urheber** oder **Theilnehmer** der Handlung anzuklagen, heißt es in unsern Gesetzen [92]): Habitatorem aedium ideo non proprie ex maleficio, sed *quasi ex delicto* obligatum intelligi, *quia plerumque ob alterius culpam tenetur.*

§. 708.

Actio in factum de deiectis et effusis.

Die *actio in factum de effusis et deiectis* steht nun also demjenigen zu, welcher durch das Herunterwerfen oder Heruntergießen aus einem Hause einen Schaden erlitten hat.

89) *L. 5. §. 4. D. h. t.* Ger. NOODT Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 10.

90) Systemat. Entwik. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 19. S. 52.

91) *L. 10. D. de Legib.*

92) *L. 5. §. 5. D. de obligat. et actionib.*

hat. Ist das Herunterwerfen aus einem andern Orte geschehen, der eigentlich nicht bewohnt wird, z. B. aus einem Schiffe, oder Gewächshause, u. d. so ist diese Klage eine *actio utilis* [93]). Die Klage steht auch dem Erben des Beschädigten zu, ja, wenn ein freyer Mensch dadurch getödet, oder verwundet worden ist, so ist jeder Bürger zur Anstellung dieser Klage berechtiget.

Sie wird nicht gegen den Eigenthümer des Hauses, als solchen, sondern gegen den Bewohner angestellt [94]), er mag Eigenthümer seyn, oder das Haus blos gemiethet haben, oder auch solches unentgeldlich bewohnen [95]). Auch gegen denjenigen findet die Klage Statt, der ein Zimmer nicht zur Bewohnung, sondern blos zu gewissen Geschäften gemiethet hat [96]). Gegen einen Fremden hingegen, der sich nur als Gast eine zeitlang in dem Hause aufhält, kann diese Klage nicht angestellet werden, sondern gegen denjenigen, der ihm das Logis eingeräumt hat [97]). Ist das Ausgießen oder Auswerfen aus einem solchen Orte geschehen, welcher kein Wohnhaus ist, so ist der Beklagte derjenige,

93) *L. 6. §. 3. D. h. t.* LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 2.

94)) *L. 1. §. 4. D. h. t.* Haec in factum actio in eum datur, *qui inhabitat*, cum quid deiiceretur, vel effunderetur, *non in dominum aedium.*

95) *§. 1. I. de obligat. quae quasi ex delicto nasc. L. 5. §. 5. D. de obligat. et action.* Man vergleiche hier vorzüglich VOET Comm. h. t. §. 1.

96) *L. 5. §. 3. D. h. t.*

97) *L. 1. §. 9. D. h. t.*

nige, welcher solchen, gleich einem Bewohner, inne hat; und bey einem Schiffe besonders derjenige, welcher demselben vorgesetzt ist [98]).

Bewohnen mehrere das Haus, so ist zu unterscheiden. Entweder sind ihre Wohnungen abgetheilt, und dann kann nur derjenige allein belangt werden, aus dessen Theile geworfen oder gegossen worden ist [99]); oder sie bewohnen das Haus mit einander ungetheilt. Hier haftet zwar einer so gut, wie der andere, in solidum, hat jedoch einer das Ganze bezahlt, so sind die übrigen von der Klage befreyet [100]). Der Grund hiervon ist, weil die Verbindlichkeit des Bewohners hier nicht aus einem wirklichen Delict, sondern nur quasi ex delicto herrührt. Aus gleichem Grunde kann auch derjenige, welcher bezahlt hat, seinen Theilhaber an der Wohnung auf Wiedererstattung des verhältnißmäßigen Antheils belangen [1]).

Gegen die Erben des Bewohners kann die Klage nicht angestellet werden [2]). Doch weicht hierin das heutige Recht, wie Hellfeld bemerkt, von dem Römischen Rechte eben so

98) *L. 6. §. 3. D. h. t.* S. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Theil §. 1302.

99) *L. 5. pr. D. eodem.*

100) *L. 1. §. 10. L. 2. L. 3. D. h. t.*

1) *L. 4. D. h. t.* STRUV Synt. iuris civ. Exercit. XIV. Th. 33. und Weber von der natürlichen Verbindlichkeit §. 19. a. E. S. 52.

2) *L. 5. §. 5. D. h. t.*

so ab, wie bey der Verbindlichkeit aus einem wirklichen Delict [3])

§. 709.

Bedingungen der Anwendbarkeit der Klage.

Soll übrigens die actio de effusis et deiectis Statt finden, so muß

1) das Ausgießen oder Auswerfen an einem Orte geschehen seyn, wo Leute zu gehen oder zu stehen pflegen; (*ubi vulgo iter fit* [4]).

2) Es muß keine Warnung vorausgegangen seyn. Hingegen ist es einerley, ob es bey Tage, oder zur Nachtzeit geschehen ist [5]).

§. 699.

Klagen wegen des gefährlichen Aufstellens oder Aushängens.

Zuweilen machen die Gesetze Jemanden, von dem wirklich noch gar kein Schade angerichtet worden ist, schon der bloßen Möglichkeit halber verantwortlich, und quasi ex maleficio straffällig. Dies ist der Fall, wenn Jemand an seinem Hause oder Logis über der öffentlichen Straße Etwas auf eine solche Art aufstellt oder aushängt, daß es leicht herunterfallen, und die Vorübergehenden beschädigen kann. Hierauf ist in dem römischen Recht eine Strafe

 von

3) Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Th. §. 1302. a. E. und §. 1303.

4) *L. 1. §. 2. D. h. t.*

5) *L. 6. §. 1. D. eodem.* VOET h. t. §. 5.

von zehen Ducaten gesetzt, um dadurch die Leute vorsichtig und die Straßen sicher zu machen. Die Klage, die deswegen der Prätor giebt, ist eine actio popularis, die jeder Bürger anstellen kann. Sie findet jedoch nicht, wie die actio de effusis et dejectis, gegen den Bewohner des Hauses, als solchen, sondern nur gegen den Statt, welcher die Sache ausgestellt oder ausgehängt hat. Man nennt sie *actio in factum de posito vel suspenso*, und sie ist eine reine Pönalklage, welche nach dem Römischen Rechte auf die Bezahlung einer Privatstrafe von zehn Ducaten gerichtet werden kann. Die Worte des Edicts lauten folgendermassen [6]).

Ne quis in suggrunda, protectove supra eum locum, qua vulgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, aut aestimationem dari, aut noxae dedi iubebo.

Die actio in factum kann auch gegen den angestellet werden, der Etwas zwar nicht selbst aufgestellet hat, aber doch das von Andern gefährlich Aufgestellte duldet, da er es wegnehmen konnte und sollte. Ulpian [7]) sagt ausdrücklich:

Positum habere etiam is recte videtur, qui ipse quidem non posuit, *verum ab alio positum patitur*. Quare si servus posuerit, dominus autem positum patiatur, non noxali iudicio dominus, sed suo nomine tenebitur.

Nur

6) *L. 5. §. 6. D. h. t.*

7) *L. 5. §. 10. D. eodem.*

Nur gegen die Erben findet die Klage nicht Statt, weil sie eine reine Pönalklage ist[8]). Jedoch kann der Erbe, als solcher, die von dem verstorbenen Erblasser bereits angestellte Klage fortsetzen. Dies scheint mir der Sinn der Worte **Ulpians**[9]) zu seyn, wenn er sagt:

Ista autem actio popularis est, *et heredi similibusque competit.* In heredes autem non competit, quia poenalis est.

Popularklagen, als solche, gehen zwar freylich sonst nicht auf die Erben. Denn da diese Klagen jeder aus dem Volk anstellen kann, so wäre es ungereimt, wenn Jemand, als Erbe, klagen wollte. **Gerhard Noodt**[10]) findet daher hier eine Schwierigkeit, aus der er sich nicht zu helfen weiß. Er fertiget daher den Leser blos mit den Worten ab: Tu cogita! **Cornelius Anton van Wachendorff**[11]) glaubt hingegen der Schwierigkeit durch eine Emendation abhelfen zu können. Ihm scheint die gemeine Leseart, wenn sie auch gleich eben so in der Florentinischen Handschrift befindlich ist, fehlerhaft zu seyn; es müßte nämlich statt: et heredi, vielmehr *nec heredi* gelesen werden. Allein auch davon abgesehen, daß, ausser der genauen

 Ueber-

8) *L. 5. §. ult. D. eodem.*

9) *L. cit. 5. §. ult. h. t.*

10) Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 231.

11) Specim. iurid. exhib. Observationes ad Leges quasdam ex iure civ. *Trajecti ad Rhen. 1756.* Cap. I. §. 2. (in Ger. OELRICHS *Thes. novo Dissertation iurid. Belgicar.* Tom. II. Vol. II. pag. 159. sqq.) Ihm stimmt auch WALCH in notis ad ECKHARDI *Hermeneut. iuris* Lib. I. §. 304. pag. 549. bey.

Uebereinstimmung aller bis jetzt bekannten Handschriften, die Basiliken [12]) die gemeine Leseart bestärken; so widerstreitet ja dieser Emendation der ganze Zusammenhang. **Eckolt** [13]), **Voet** [14]) und **Pothier** [15]) wollen daher die Stelle so verstehen, die Klage komme dem Erben, nicht als Erben, sondern *ut uni ex populo* zu. Allein wozu bedurfte es dieser überflüßigen Bemerkung? Daß hingegen Popularklagen durch die Litiscontestation, als ein Privatrecht des Klägers, auf dessen Erben übergehen, lehrt **Ulpian** [16]) ausdrücklich, wenn er sagt: Quodsi ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse.

Ist das gefährlich Aufgestellte heruntergefallen, so sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Es

12) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. Const. 5. §. ult. pag. 120. wo es heißt: H παροῦσα ἀγωγὴ καθολικὴ ἐστι, καὶ ἁρμόζει διαδόχοις, οὐ μὴν κατὰ κληρονόμων, ποιναλία γάρ ἐστιν. D. h. *Haec actio popularis est, et competit successoribus, non in heredes, quia poenalis est.*

13) Compendiar. Pand. Tractat. h. t. §. 3. in nota.

14) Comm. ad Pand. h. t. §. 6. pr.

15) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVII. not. c.

16) *L. 12. pr. D. de Verb. Signific. Io.* GOEDDAEUS in Comment. repetit. praelect. in Tit. Pand. de Verb. Signif. ad h. L. 12. pag. 214. sagt: *Nam per litis contestationem popularis actio novata est, et, quae ante totius erat populi, nunc ad privatum hunc actorem solum per novam contractus formam in lite initam translata est.*

1) Es hat keinen Schaden angerichtet. Hier fällt alle Klage weg.

2) Es ist Jemand dadurch beschädiget worden. Denn kann dieser.

a) gegen den Urheber, der die Sache aufgestellt hat, *utiliter* aus dem Aquilischen Gesetz klagen. Die actio directa findet darum nicht Statt, weil der Urheber nicht unmittelbar selbst durch seine Handlung, sondern nur mittelbar den Schaden angerichtet hat [17]). Der Beschädigte kann aber auch

b) gegen den Bewohner des Hauses *actione in factum de effusis et deiectis* klagen [18]). Endlich hat auch noch

c) die *actio de posito vel suspenso utilis* Statt, welche auf die Strafe von 10 Ducaten geht. Diese Klage kann aber nicht gegen den Bewohner des Hauses, als solchen, sondern nur gegen den angestellt werden, welcher die Sache auf eine so gefährliche Art aufgestellet hatte, daß sie leicht herunterfallen konnte, obwohl auch gegen diesen die Klage nur in sofern Statt findet, als er entweder Eigenthümer des Hauses ist, oder wirklich in diesem Hause wohnt. Dies scheint mir der wahre Sinn der so sehr bestrittenen Stelle in der *L.* 5. §. 12. *D. h. t.* zu seyn, wo **Ulpian** sagt:

Si id, quod positum erat, deciderit et nocuerit, *in eum competit actio, qui posuit, non in eum, qui habita-*

17) S. Webers syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 20. Not. 1. S. 53.

18) VOET in Comm. h. t. §. 6.

habitaverit, quasi haec actio non sufficiat; quia positum habuisse non utique videtur, qui posuit, nisi vel dominus fuit aedium, vel inhabitator. Nam et cum pictor in pergula [19]) clypeum [20]), vel tabulam expositam habuisset, eaque excidisset, et transeunti damni quid dedisset, *Servius* respondit, ad exemplum huius actionis, dari oportere actionem: hanc enim non competere palam esse; quia neque in suggrunda, neque in protecto tabula fuerat posita. Idem servandum respondit, et si amphora ex reticulo suspensa decidisset, et damni quid dedisset, quia et legitima et honoraria actio deficit.

So durchaus übereinstimmend auch die Leseart in allen bis jetzt bekannten Handschriften und Ausgaben der Pandecten ist; so glauben doch viele Ausleger, es müsse in diesem Fragment irgendwo ein Fehler liegen, weil es ausserdem keinen rechten Sinn und Zusammenhang habe. Cujaz [21]) meint daher, der Zusammenhang erfordere nothwendig eine Umsetzung der Anfangsworte. Man müsse nämlich folgendermassen lesen: *in eum competit actio, qui habitaverit, non in eum, qui posuit.* Ihm haben auch Pothier

19) *Pergula* ist eine Officin oder auch ein offener Laden, worin Künstler ihre Waaren zum Verkauf aufstellten. *L. 19. §. 2. D. de Iudic.* CUJACIUS Lib. XI. Observat. cap. 13. Ger. NOODT Commentar. ad Pand. Lib. V. Tit. 1. Tom. II. *Oper.* pag. 154.

20) *Clypeus* ist ein Gemählde in der Form eines Schildes. S. PLINIUS Lib. XXXV. *Histor. Natur.* cap. 3.

21) Observation. Lib. XXII. Cap. 32.

Pothier [22]) und Weber [23]) Beyfall gegeben. Allein schon Siegm. Reich. Jauch [24]) hat diese Emendation mit Recht verworfen. Sie widerstreitet offenbar den vorhergehenden Worten: *Coercetur autem, qui positum habuit, sive nocuit id, quod positum erat, sive non nocuit.* Hierzu kommt die bisher noch gar nicht benutzte Auctorität der Basiliken [25]), welche auch die gemeine Leseart bestärken. In denselben lautet die Stelle Ulpians folgendermassen:

Ἐὰν τὸ κρεμάμενον πεσὸν βλάψῃ, οὐ κατὰ τοῦ οἰκήσαντος δίδοται αγωγὴ, ἀλλὰ κατὰ τȣ τεθεικότος. ἡ γὰρ παροῦσα ἰμφάκτουμ ȣκ ἀρκεῖ πρὸς τὴν ζημίαν· ὁ γὰρ τεθεικὼς ου δοκεῖ τεθεικέναι, ἐι μὴ κύριός ἐςι τȣ οἴκου, ἢ ἔνοικος. i. e. *Si, quod suspensum erat, deciderit et nocuerit, non in eum, qui habitavit, sed in eum, qui posuit, datur actio. Haec enim actio in factum non sufficit ad damnum, quia is, qui posuit, non videtur posuisse, nisi dominus sit domus, vel inquilinus.*

Wenn jedoch Jauch der Meinung ist, Ulpian rede in dem gedachten Fragment von der Klage aus dem Aquilischen Gesetz, so widerspricht dieser Meinung, ob sie gleich auch von Struv [26]) und Thomasius [27]) behauptet wird, der

22) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XVI. not. a.

23) Entwickl. der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit. §. 20. Not. 1. S. 54.

24) Meditat. critic. de Negationib. in Pandect. Cap. XII. pag. 198.

25) Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. Const. 5. §. 12. pag. 120.

26) Synt. iur. civ. Ex. XIV. §. 40.

27) ad HUBERI Praelect. ad Pandect. h. t. in Schol. ad Princ.

der ganze Zusammenhang des Fragments. Denn dieser lehrt offenbar, daß Ulpian vielmehr von der actione de suspenso utili rede, wie auch schon Huber ganz richtig dagegen erinnert hat. Gerhard Noodt[28]) glaubt einen Ausweg darin zu finden, daß er zwischen den Worten des Edicts de posito, und dem Geist desselben unterscheidet. Nach den erstern habe zwar die actio de suspenso utilis gegen den, qui posuit, schlechterdings statt, wenn er auch weder Eigenthümer noch Miethmann sey; nach dem letztern hingegen müsse der eine oder der andere Umstand vorhanden seyn, wenn die *actio in factum* begründet seyn solle. Es ist aber auch dieser Unterschied in dem Gesetz nicht zu befinden. Hübner[29]) hat daher durch eine von neuem versuchte Umsetzung der Worte der Schwierigkeit abzuhelfen gesucht. Er will nämlich mit Beybehaltung alles Uebrigen nur gelesen wissen: quia positum habuisse non utique videtur, nisi vel dominus fuit aedium, vel habitator, *qui posuit*. Der Sinn sey nun der, wenn Etwas von einem Andern, der nicht Bewohner des Hauses ist, auf eine gefährliche Art aufgestellet worden, welches heruntergefallen ist, und Schaden angerichtet hat; so habe die *actio in factum de posito utilis* Statt. (Denn die *actio directa* kann nach den Worten des Edicts nur dann angestellt werden, wenn das gefährlich Aufgestellte noch nicht geschadet hat.) Jedoch habe die *actio utilis* nur gegen den Statt, welcher das Heruntergefallene aufgestellt hatte, nicht gegen den Bewohner.

28) Comment. ad Pand. h. t. Tom. II. pag. 230.

29) *Christ. Gotth.* HÜBNER de natura obligationum, quae quasi ex contractu, et quae quasi ex delicto nascuntur, Conjectur. (*Lipsiae* 1802. 8.) Cap. 6.

ner. Gegen diesen habe nur die *actio de deiectis* Statt, bey welcher es nicht darauf ankomme, ob er von dem, was aufgestellet worden, etwas gewußt habe, oder nicht. Die *actio de posito* hingegen falle hier darum weg, weil man von dem Bewohner nicht schlechterdings sagen kann, *quod positum habuerit*; es müßte denn etwa derjenige selbst der Eigenthümer oder Bewohner des Hauses seyn, welcher die heruntergefallene Sache aufgestellt hatte. Allein das die Worte: *quia positum habuisse non utique videtur*, vielmehr auf den, *qui posuit*, als mit **Hübner** auf den, *qui inhabitaverit*, zu beziehen sind, lehren die Basiliken in der oben angeführten Stelle ganz unwidersprechlich. **Hübner** [30]) meint zwar, die *actio in factum de suspenso* finde contra omnem ponentem Statt, licet nec dominus sit aedium, nec inhabitator; und tadelt den gelehrten und scharfsinnigen **Heinrich von Suerin** [31]), welcher, wie ich glaube, dieses ganz richtig nach dem wahren Sinn des Gesetzes behauptet. Allein seine Meinung widerlegen nicht nur die angeführten Basiliken, welche bey dieser Stelle noch von keinem Ausleger, auch selbst von **Suerin** nicht, benutzt worden sind, sondern auch der griechische Scholiast [32]), welcher bey dieser Stelle die Bemerkung macht: Οὐδὲ κατὰ τοῦ τεθεικότος μὲν, μήτε δὲ οἰκοῦντος, μήτε δεσπόζοντος τοῦ ὄικου, κἂν μὴ οἰκῇ, ἀλλὰ κατὰ τοῦ τεθεικότος μόνον ὅτε ἤ κύριος ἐστιν, ἤ κἂν μὴ κύριος ᾖ τέως μέντοι

30) Cit. Conjectur. Cap. 6. pag. 83. sq.

31) Repetitar. Lection. iuris. civ. Libr. Cap. 20. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iuris Rom.* Tom. IV. pag. 36.)

32) *Basilic.* Tom. VII. Lib. LX. Tit. 4. pag. 127. ad verba: *Non in eum, qui habitavit.*

μέντοι ἐνοικῇ. i. e. *Quin et in eum non datur, qui posuit, si neque dominus sit aedium, neque inquilinus. Sed in eum duntaxat, qui posuit, cum dominus esset, vel inquilinus.* Hierzu kommt aber noch vorzüglich die alles entscheidende Auctorität des Ulpians, welcher *L.* 5. §. 8. *D. h t.* zur Erläuterung des Edicts de posito vel suspenso ausdrücklich sagt:

Haec verba: *Ne quis* (scil. in Edicto Praetoris) ad *omnes* pertinent, vel *inquilinos*, vel *dominos aedium*: sive inhabitent; sive non, *habent tamen aliquid expositum his locis.*

Noch zum Beschluß muß ich der Erklärung eines Voet [33]) gedenken, dessen Commentar hierüber doch billig auch von Hübner hätte verglichen werden sollen. Voet sagt, es sey nicht die Meinung des Gesetzes, die Klage de posito vel suspenso gegen den Bewohner des Hauses ganz zu versagen, sondern das Gesetz wolle nur soviel sagen, es werde, wenn das gefährlich Aufgestellt gewesene heruntergefallen ist, nicht rathsam seyn, diese Klage anzustellen. Dies sey der eigentliche Sinn der Worte: *quasi haec actio non sufficiat*; weil aus dem Herunterfallen oft ein weit größerer Schaden entsteht, als daß dieser durch die Strafe von zehn Ducaten, worauf diese Klage geht, ersetzt werden könnte. Sollte indessen die aus dem Herunterfallen der aufgestellt gewesenen Sache entstandene Verletzung so geringfügig seyn, daß der Kläger mit der actio utilis de deiectis nicht einmal den Werth von zehen Ducaten erhalten würde, so könne er jetzt mit der actione de posito füglich auf

33) Commentar. ad Pand. h. t. §. 6.

auf die Strafe der zehn aureorum klagen. Allein der Ausdruck: *non sufficit actio* wird in den Gesetzen nicht in der Bedeutung genommen, welche **Voet** ihm beylegt, sondern heißt soviel, als non competit, non suppetit, deficit actio, wie **Brissonius** [34]) aus vielen Stellen des römischen Gesetzbuches [35]) erwiesen hat.

§. 711.

Heutiger Gebrauch der erklärten Rechtsmittel.

Soviel den heutigen Gebrauch dieser Rechtsmittel anbetrifft, so ist zwar,

I. die *actio in factum de deiectis et effusis* noch heut zu Tage darin eine überaus vortheilhafte Klage, daß der Beschädigte mittelst derselben geradezu den Bewohner des Hauses belangen kann, ohne daß er zu beweisen braucht, daß diesem eine Culpa dabey zur Last falle [36]). Allein nicht einerley Meinung sind unsere Practiker darüber, ob diese Klage noch heut zu Tage auf das Doppelte gehe. Die Tübingischen Rechtsgelehrten [37]), denen unter den neuern

34) De Verbor. Significat. voc. *Sufficere.* nr. 5. pag. 1288.

35) *L. 22. D. Commodati. L. 45. D. Locati. L. 29. D. Communi divid. L. 43. D. de actionib. emti venditi.*

36) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. und WERNHER in lectissim. Commentat. in Pandect. P. I. h. t. §. 3. macht die sehr gründliche Bemerkung: *Non auditur hic inhabitator, licet probare velit, se omnem diligentiam in recipiendis hominibus adhibuisse, unde quoque tenetur, licet alius in aedes se proripuerit, et aliquid deiecerit.*

37) Consil. Tubingens. T. VI. Consil. 19.

neuern auch Hofacker[38]) beystimmt, wollen den heutigen Gebrauch des doppelten Ersatzes bezeugen. Brunnemann[39]) und Stryk[40]) führen zur Bestärkung desselben noch insonderheit den Grund an, daß wenn sich auch heut zu Tage der Kläger gewöhnlich mit dem einfachen Schadensersatz begnüge, dieses doch einem andern Kläger nicht im Wege stehen könne, dasjenige zu fordern, was ihm die einmal in Deutschland aufgenommenen Gesetze des Römischen Rechts zuerkennen. Allein die meisten practischen Rechtsgelehrten[41]) vereinigen sich dennoch darin, daß die actio in factum de effusis et deiectis nach der heutigen Praxis nicht mehr auf den doppelten, sondern nur auf den einfachen Schadensersatz gehe.

II. Die actio popularis in factum, welche das Römische Recht in dem Falle, da ein freyer Mensch durch das Herunterwerfen einer Sache getödet worden ist, auf 50 aureos giebt, fällt heutigen Tages ganz weg. Statt dessen wird jetzt nach Beschaffenheit der Umstände eine willkührliche öffentliche Strafe erkannt[42]).

III. Ist

38) Princip. iur. civ. Rom. Germ. T. III. §. 4044. not. i.

39) Comm. ad L. 1. D. h. t. nr. 5.

40) Us. mod. Pand. h. t. §. 2.

41) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XIX. §. 80. STRUV Syntagm. iur. civ. Tom. I. Exerc. XIV. Th. 41. MÜLLER ad *Struvium* c. l. not. α. pag. 883. TITIUS iur. privat. Rom. Germ. Lib. V. cap. V. §. 18. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Q. 5. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. XI. §. 16.

42) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. TITIUS cit. loc. §. 19. BOEHMER cit. loc. §. 17. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 1086.

III. Ist Jemand dadurch blos verwundet worden, so klagt jetzt blos der Beschädigte auf Schadensersatz [43]), nämlich auf Erstattung der Cur- und Heilungskosten, desgleichen auf Entschädigung wegen der Versäumniß in seinen Geschäften während der Cur [44]). Daß heut zu Tage auch auf Schmerzengeld, nicht minder auf Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung geklagt werden könne, sofern dadurch das künftige Fortkommen des Beschädigten erschwert wird, ist schon oben (§. 706. S. 394.) bemerkt worden.

IV. Hat Jemand etwas auf eine gefährliche Art aufgestellt oder ausgehängt, wo es leicht herunterfallen, und schaden kann; so findet heut zu Tage die *actio in factum de posito vel suspenso* nicht mehr Statt, sondern jeder kann es der Policey-Obrigkeit anzeigen, ohne daß es deshalb einer besondern Klage bedarf [45]). Der Antrag kann aber nur auf Entfernung der Gefahr gemacht werden, nicht auf eine Strafe von 10 Ducaten, welche jetzt wegfällt [46]). Die Obrigkeit untersucht alsdann die Gefahr. Kann nun der Denunciat das Aufgestellte oder Aufgehangene entrathen, so erläßt sie den Befehl, es bey Strafe wegzunehmen, oder es geschieht auch von der Policey selbst [47]).

Kann

43) BOEHMER Doctr. de actionib. c. I. §. 17.

44) *L. ult. D. h. t.*

45) TITIUS in iure priv. Rom. Germ. Lib. V. cap. V. §. 21. BOEHMER Doctr. cit. §. 18.

46) S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 1308. und HOFACKER Princip. iur. civ. T. III. §. 4045. in fin.

47) WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 8. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. Th. §. 1308.

Kann aber der Denunciat das Ausgehängte nicht wohl entrathen, es ist z. B. ein Schild seiner Profession; so wird ihm bey Strafe anbefohlen, es besser zu befestigen. Endlich

V. wenn durch das Herunterfallen desjenigen, was auf eine gefährliche Art war aufgestellt oder ausgehängt worden, ein Schade geschehen ist; so kann deshalb blos auf Ersatz geklagt werden, und zwar gegen den Urheber mit der actio Legis Aquiliae, gegen den Bewohner des Hauses aber mit der actio de deiectis utili[48]).

48) MALBLANC Princip. iur. Rom. P. II. §. 451. in fin. WERNHER lectiss. Commentat. ad Pand. h. t. §. 8.

Lib. IX. Tit. IV.
De noxalibus actionibus.

§. 712.

Begriff und Natur der Noxalklagen.

Ein Schaden konnte endlich auch durch die widerrechtliche Handlung eines fremden Sklavens angerichtet werden. Ein solcher Schade wird *noxa* oder *noxia*[49]) genennt, und die Klage, welche deshalb wider den Herrn desselben angestellt werden konnte, daß er den Schaden ersetze, wofern er nicht etwa, welches ihm in diesem Falle erlaubt war, dem Beschädigten den Sklaven statt des Ersatzes überlassen wollte, heißt *actio noxalis*[50]). Sie setzte ein begangenes Privatdelict voraus, das ist ein solches, weshalb auf eine Privatstrafe geklagt werden konnte, die blos dem Kläger zum Vortheil gereichte. Justinian[51]) gedenkt ausdrücklich nur des furti, des damni iniuriae ex Lege Aquilia, der iniuriarum und der vis bonorum raptorum. Ja er sagt geradezu[52]): *Noxia* est ipsum maleficium,

49) Noch mehrere Bedeutungen dieses Worts sind oben vorgekommen §. 692. nr. IV. S. 284. f.

50) *L. 1. D. h. t.*

51) *§. 4. I. de noxal. actionib.*

52) *§. 1. I. eodem.*

leficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria. Hatte ein Sklave ein öffentliches Verbrechen begangen, so konnte deswegen der Herr nicht belangt werden, insofern er dabey ausser aller Schuld war; sondern der Sklave haftete deshalb selbst, so daß er mit der gebührenden Strafe belegt werden konnte[53]). Eben dies hatte in dem Falle Statt, wenn das, was einem Sklaven zur Last gelegt wurde, ein bloßes Quasidelict war[54]). Ihrer Natur nach waren übrigens die Noxalklagen nichts anders, als *qualitates adjectitiae directarum actionum*, d. i. ein Beysatz, der dem Namen derjenigen Klage, welche aus dem begangenen Privatdelict entstand, beygefügt wurde, um den Grund auszudrücken, warum deshalb der Herr in Anspruch genommen werden konnte[55]). Sie waren daher theils civiles, theils praetoriae, je nachdem die Hauptklage aus dem civil- oder prätorischen Rechte entstanden war[56]). Noxalklagen wurden ferner gegen den angestellt, welcher zu der Zeit Herr des Sklavens war, da die Klage angestellet wurde, wenn er es auch damals noch nicht war, als der Sklave durch das begangene Delict den Schaden anrichtete. Denn es tritt hier die Regel ein: *noxa caput sequitur*[57]). Daher gehören die Noxalklagen zu den actionibus

53) *L. 4. C. h. t. L. 2. C. de accusat. L. 12. §. 3. et 4. D. eodem.* S. HEINECCII Elem. iuris civ. sec. ord. Institut. a *Hoepfnero* emend. §. 1162.

54) *L. 1. §. 8. D. de his, qui effuderint vel dejec.* Man sehe auch VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

55) S. VOET c. l. §. 4.

56) *§. 4. I. h. t.*

57) *§. 5. I. eodem.*

nibus in rem scriptis [58]). Hatte jedoch der Herr den Sklaven dolose zu besitzen aufgehört, um die Ansprüche des Klägers zu vereiteln, oder deren Ausführung zu erschweren, so hatte der Kläger die Wahl, ob er den vorigen Besitzer, der seines doli halber immer noch als Besitzer behandelt werden konnte, oder den neuen Herrn des Sklavens belangen wollte [59]). Das Gesuch bey diesen Klagen gieng zwar auf Schadensersatz, doch konnte sich der Beklagte durch Ueberlassung des Sklavens (noxae deditio) davon frey machen [60]). Nam erat iniquum, sagt Justinian [61]), nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse. Diese Wahl fiel jedoch alsdann weg, wenn der Beklagte dolo malo den Sklaven zu besitzen aufgehört [62]), oder arglistig geläugnet hatte, daß er den Sklaven besitze [63]), oder wenn der Sklave nach der Litiscontestation von einem Andern war ums Leben gebracht worden, und der Beklagte sich weigerte, dem Kläger gegen den Tod-

58) Auch gegen den bonae fidei possessorem hatte die Noxalklage mit der Wirkung Statt, daß wenn nachher der wahre Eigenthümer den Sklaven vindiciren wollte, ihm die exceptio doli entgegen gesetzt werden konnte, wenn jener gleich eigentlich durch die noxae deditio das Eigenthum auf den Kläger nicht übertragen konnte. *L. 11. D. h. t. L. 28. D. eodem.* CUJACIUS ad *Africanum* Tract. VI. VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 6. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 1.

59) *L. 24. 25. et 26. D. h. t.* VOET in Comm. h. t. §. 4.

60) *L. 1. D. h. t.* VOET h. t. §. 6.

61) *§. 2. I. h. t.*

62) *§. 5. I. eod.*

63) *L. 21. §. 2. D. h. t. L. 22. §. ult. D. eod.*

schläger die Klage zu cediren[64]); oder endlich, wenn der Herr an dem Delict des Sklavens Antheil genommen hatte, so daß ihm dabey ein dolus oder eine culpa zur Last fiel[65]). Zuweilen hörte alle Verbindlichkeit des Herrn auf, nämlich wenn er den Sklaven bona fide veräußert hatte[66]), oder der Sklave vor der Litiscontestation starb[67]).

Nach dem ältern Römischen Rechte hatten auch aus den Privatdelicten der Kinder Noxalklagen gegen den Vater Statt, in dessen Gewalt sich dieselben noch befanden. Der Vater konnte daher die Kinder eben so gut noxae dare, als die Sklaven[68]). Allein das neuere Römische Recht hat die noxae datio der Kinder aufgehoben[69]). Hat demnach ein filiusfamilias ein Privatdelict begangen, und dadurch einem Andern Schaden gethan, so ist nach dem neuern römischen Rechte ein Unterschied zu machen, ob er ein Peculium hat, oder nicht. Im ersten Falle kommt es auf die Qualität des Peculiums an. Das Peculium ist nämlich entweder ein solches, worüber dem Sohne die freye Verwaltung zusteht, oder es ist von der Art nicht. In dem ersten Falle muß mit der aus dem Delict entspringenden Klage gegen den filiusfamilias selbst geklagt werden, und er

64) *L. 1. §. 16. D. Si quadrupes.*

65) *L. 2. L. 3. L. 4. D. h. t. L. 4. Cod. eodem.* S. VOET Comm. h. t. §. 7.

66) *L. 38. §. 1. D. h. t.*

67) VOET h. t. §. 8.

68) *L. 5. §. 5. D. de obligat. et act. L. 33. 34. et 35. D. h. t.* S. *Pet.* PITHOEUS in Tit. 2. *Collationis Legg. Mosaic. et Rom.* §. 3.

69) *§. ult. I. h. t.*

er muß den Schaden aus seinem Vermögen ersetzen, oder nach Beschaffenheit der Klage das Strafgeld bezahlen [70]). In dem letzten Falle hingegen ist zwar auch gegen den filiusfamilias zu klagen, allein wenn derselbe condemnirt worden ist, so wird die actio iudicati gegen den Vater angestellt, daß er aus dem peculio, so weit es zureicht, den Kläger befriedige [71]). Der Vater kann also die Ersetzung des Schadens nicht verweigern, wenn ihm gleich dadurch der Nießbrauch vermindert wird. Hat hingegen der filiusfam. kein eigenes Vermögen, so kann ihn zwar der Richter condemniren, allein die Execution muß so lange ausgesetzt werden, bis der Sohn zu einem eigenen Vermögen gelangt [72]). Ist blos von einer Geldstrafe die Rede, so kann er auch nach der Regel, qui non habet in aere, luat in corpore, mit einer körperlichen Strafe belegt werden [73]).

§. 713.

Heutiger Gebrauch der Noxalklagen.

Die römischen Noxalklagen lassen sich auf unser heutiges Gesinde eben so wenig, als auf die deutschen Leibeigenen anwenden [74]). Wenn solche Personen durch eine uner-

70) *L. 4. §. 1. L. 18. §. fin. D. de castr. pecul.*

71) *L. 3. §. 11. D. de pecul. L. 33. 34. et 35. D. de noxal. act.* de COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XV. Tit. 1. Qu. 18.

72) S. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 1166. und Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1216. not. p. S. 75.

73) *Arg. L. ult. D. de in ius voc.*

74) de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4012. Nr. IV.

unerlaubte Handlung Schaden anrichten, so muß man sie selbst belangen, gegen die Dienst- oder Leibherrschaft findet in der Regel keine Klage Statt [75]), ausgenommen,

1) wenn sie selbst die Veranlassung dazu gegeben [76]), oder

2) die jedem Hausvater obliegende Aufsicht über das Gesinde vernachläßiget [77]), und

3) wenn sie schlechtes oder gefährliches Gesinde wissentlich in Dienst genommen, oder darin behalten hat [78]).

Daß übrigens die Obrigkeit befugt sey, auf den Lohn eines Dienstboten, welcher zum Schadensersatz condemnirt worden, Arrest zu legen, ist ausser Zweifel [79].

75) S. LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. II. Specim. CXIII. medit. 1.

76) STRUV Exercit. XIV. Th. 47.

77) *L. 27. §. 9. D. ad Leg. Aquil.*

78) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 179.

79) WERNHER select. Observation. for. Tom. II. P. VII. Obs. 60.

Lib. X. Tit. I.

Finium regundorum.

§. 714.

Begriff und Arten der Theilungsklagen.

Wir kommen nun auf diejenigen Klagen, welche auf die Theilung einer bisher gemeinschaftlich gewesenen Sache gehen. Diese werden *iudicia divisoria*, **Theilungsklagen** genennt. Da diese Klagen die Aufhebung einer Gemeinschaft, und die Auseinandersetzung der Interessenten zum Zweck haben, so sind hier zuvörderst die allgemeinen Begriffe von *communio* zu erklären.

Eine **Gemeinschaft** (*communio*) ist vorhanden, wenn mehreren Personen zusammen das Miteigenthum, oder ein anderes dingliches Recht an einer Sache nach allen seinen Bestandtheilen gemeinschaftlich zusteht. Eine solche Gemeinschaft entsteht nun entweder durch Vertrag, und dann wird sie eine **Societät** genennt; oder sie entsteht ohne einen vorhergegangenen Vertrag, und diese wird *communio incidens* [80]) genennt. Die Gesetze sagen: *communio, quae citra consensum ex re ipsa nascitur* [81]); *communio,*

80) *Io. Frid.* KAYSER Diss. de communione incidente. *Giessae* 1719.

81) *L. 25. §. 16. D. Famil. ercisc.*

munio, in quam incidimus [82]); sie wird auch *communio necessaria, fortuita* und *involuntaria* [83]) genennt.

Eine solche communio incidens kann auf verschiedene Art entstehen.

1) Aus einem Testament, wenn nämlich mehreren zusammen eine Erbschaft hinterlassen, oder eine einzelne Sache im Testament vermacht worden ist.

2) Aus unmittelbarer Verordnung der Gesetze, wenn das Gesetz mehrere Personen zu einer Erbschaft ruft, oder das Eigenthum einer Sache mehreren Personen nach den Gesetzen zufällt.

3) Durch Schenkung [84]).

4) Durch eine Commixtion oder Confusion solcher Sachen, die sich nicht mehr von einander unterscheiden lassen [85]).

5) Durch Zufall. Z. B. wenn durch Ueberschwemmung die Gränzen zweyer neben einander liegender Feldgüter in Verwirrung gerathen sind.

Die Communion, welche bey den Theilungsklagen zum Grunde gesetzt wird, muß immer durch einen gerechten Titel entstanden seyn. Daher steht keiner Räuberbande, wegen der Theilung des Raubes, eine Theilungsklage zu [86]).

In

82) *L. 31. D. pro Socio.*

83) CUJACIUS Lib. X. Observat. cap. 25.

84) *L. 31. D. Pro Socio.*

85) *L. 5. pr. D. de Rei Vindic. §. 27. et 28. I. de Rer. divis.*

86) L. 7. §. 4. et 5. D. *communi divid.*

In der Gemeinschaft kann man sich nun befinden; entweder

1) in Rücksicht der Sache selbst, die den Gegenstand der Gemeinschaft ausmacht, und dann ist dieser Gegenstand entweder

a) eine gemeinschaftliche Erbschaft, oder

b) eine einzelne gemeinschaftliche Sache. Oder es ist

2) eine Gemeinschaft blos in Ansehung der Gränzen zweyer aneinander liegender Feldgüter vorhanden, welche in Verwirrung gerathen sind.

Es giebt also drey Theilungsklagen, *iudicium finium regundorum*, *familiae erciscundae* und *communi dividundo* [87]).

Sie

87) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. et Interpretum iuris P. IV. Decad. XCIV. Err. 5. will zwar das iudicium finium regundorum nicht als ein iudicium divisorium gelten lassen, sondern erkennt nur die beyden übrigen für ächte Theilungsklagen. Allein die Grenzscheidungsklage geht doch unläugbar darauf, ut finium confusio tollatur. Daß aber durch Confusion eine Gemeinschaft entstehe, sagt Justinian ausdrücklich §. 27. *et* 28. *I. de rer. divis.* Uebrigens mag THEOPHILUS für mich das Wort reden, welcher in *Paraphrasi graec. Institut.* Lib. IV. Tit. 6. §. 20. sagt: Ἐν δὲ τούτοις τοῖς τρισὶ δικαστηρίοις ἐπιτέτραπται τῷ δικαστῇ, ἑνὶ τῶν δικαζομένων, καθὸ δίκαιον καὶ κάλλιστον αὐτῷ φανῇ, προσκυροῦν τὸ κοινὸν πρᾶγμα, καὶ τῷ ἑτέρῳ ἕτερον ἀδιαδικατεύειν, οἷον καὶ τούτῳ ρ́ νομισμάτων ἄξιον, κἀκείνῳ ρ́ νομισμάτων ἄξιον. i. e. *in his autem tribus iudiciis permissum est iudici, prout iustum atque optimum ei videatur, rem communem uni litigantium addicere, atque alteri alteram adjudicare: veluti et huic C. solidis dignam et illi C. solidis dignam. Ideo enim haec iudicia constituuntur, ut communio cesset, et nascens inde discordia.*

Sie setzen sämmtlich eine solche Gemeinschaft voraus, die aus einem dinglichen Rechte entstanden ist [88]). Haben daher mehrere zusammen ein blos persönliches Recht an einer Sache; z. B. sie haben eine Sache gemeinschaftlich gepachtet, so entsteht daraus keine solche communio, welche ein iudicium divisorium begründen könnte [89]).

§. 715.

Natur der Theilungsklagen. *1) iudicia mixta.*

Soviel die Natur der Theilungsklagen anbetrift, so haben sie das Eigene,

1) daß sie vermischte Klagen (actiones mixtae) sind. Nicht nur Justinian sagt dieses ausdrücklich §. 20. *I. de actionib.* wo es heißt:

Quaedam actiones *mixtam causam obtinere videntur*, tam *in rem*, quam *in personam*, qualis est *familiae erciscundae actio*, item *communi dividundo*, item *finium regundorum*;

sondern eben dies hat auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase über diesen Text [90]) noch deutlicher gezeigt, wenn er sagt:

Εἰσὶ

88) *L. 4. §. 9. D. h. t. L. 7. §. 6 — 10. D. Communi divid. L. 13. §. 3. D. de Usufr.*

89) *L. 7. §. 11. D. communi divid.* — Neque *colonis*, neque eis, qui depositum susceperunt, hoc iudicium competit, quamvis naturaliter possideant.

90) *Paraphr. graec.* Lib. IV. Tit. 6. §. 20. Tom. II. pag. 809. der Reitzischen Ausgabe.

Εἰσί τινες ἀγωγαὶ, αἵ τινες καὶ τῆς in rem καὶ τῆς personalis τὴν φύσιν ἔχουσιν ἐν ἑαυταῖς. Τοιοῦτόν ἐστι τὸ familiae erciscundae, ὅπερ ἁρμόζει μεταξὺ τῶν συγκληρονόμων ἕνεκα τῆς διαιρέσεως τῶν κληρονομαίων πραγμάτων. Ἔχει γὰρ καὶ τῆς *in rem* τὸ ἰδίωμα, καθὸ περὶ πραγμάτων κινεῖται, (ἕκαστος γὰρ συγκληρονόμος ἐν μέρει δεσπότης ἐστιν·) ἔχει δὲ καὶ περσοναλίας ἀποτελέσματα. ἐξετάζεται γὰρ ἐπὶ αὐτοῦ, καὶ κατάγεται εἰς καταδίκην κεφάλαια, ἅτινα *personalis*, οὐ μὴν τῆς *in rem* ἐστὶν οἰκεῖα· ὡς ἐν τοῖς *de iudiciis* σὺν Θεῷ μαθησόμεθα. i. e. *Sunt quaedam actiones, quae et actionis in rem et actionis personalis naturam in se habent. Tale est familiae erciscundae iudicium, quod inter coheredes competit de divisione rerum hereditariarum. Habet enim et in rem actionis proprietatem, quatenus de rebus instituitur: (namque omnis coheres ex parte dominus est:) et vero habet actionis personalis effecta; in hoc enim iudicio exquiruntur, et in condemnationem veniunt capita, quae actionis personalis, non autem realis propria: sicuti infra de iudiciis favente Deo discemus.*

Man streitet jedoch darüber, in welcher Rücksicht sie als gemischte Klagen anzusehen sind? Daß sie

a) in Rücksicht des Objects actiones mixtae sind, ist keinem Zweifel unterworfen. Denn sie gehen theils auf Theilung einer gemeinschaftlichen Sache, theils auf persönliche Leistungen, welche die Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen mit sich bringt, z. B. Ablegung der Rechnung, Restitution der Früchte, Ersatz der gehabten Unkosten, oder der von dem Gegentheile verursachten Schäden, und Leistung des Interesse. Daher heißt es *L. 22. §. 4. D. fam. ercisc.*

Fami-

Familiae erciscundae iudicium ex duobus constat, id est *rebus*, atque *praestationibus*, quae sunt personales actiones. Und *L.* 4. §. 3. *D. Communi divid.* sagt:

Sicut autem *ipsius rei divisio* venit in communi dividundo iudicio, *ita etiam praestationes veniunt*: et ideo, si quis impensas fecerit, consequetur.

Allein daß die Theilungsklagen auch

b) in Ansehung ihres Grundes gemischte Klagen sind, läugnen viele [91]), und halten sie für blos persönliche Klagen. Nun ist zwar dennoch ausser Zweifel, daß diese Klagen ein dingliches Recht an der gemeinschaftlichen Sache zum Grunde setzen, auf deren Theilung geklagt wird [92]). Da indessen das dingliche Recht der Mitinteressenten bey diesen Klagen nicht in Streit gezogen werden darf, sondern vielmehr als wahr und schon erwiesen vorausgesetzt wird, und ausserdem durch andere Rechtsmittel erst berichtiget werden muß; mithin durch diese Klagen nur zunächst ein Recht gegen bestimmte Mitinteressenten in Absicht auf die Auseinandersetzung mit ihnen wegen der zu theilenden gemeinschaftlichen Sache, und also ein ius

91) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad. XCIV. Err. 3. et 4. *Arn.* VINNIUS in Commentar. ad §. 1. I. de actionib. nr. 6. *Amad.* ECKOLT in Compendiar. Pandect. Tract. h. t. §. 2. in Nota. und besonders Hübner in den Berichtigungen und Zusätzen zu den Institutionen des Römischen Rechts. S. 122. ff.

92) S. besonders VOET in Comm. h. t. §. 4. *Ger.* NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. pag. 236. *Ev.* OTTO in Comm. ad §. 20. I. de actionib. und *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1.

ius in personam verfolgt wird; so läßt sich daraus erklären, warum diese Klagen mehr zu den persönlichen als dinglichen gezählet werden. Daher leitet **Justinian** diese Klagen ausdrücklich aus einer obligatio quasi ex contractu her, wenn er §. 3 *et* 4. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc.* sagt:

Item si inter aliquos communis res sit sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur *communi dividundo iudicio*, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius eius solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse: quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, *quasi ex contractu teneri videtur*. Idem iuris est de eo, qui coheredi *familiae erciscundae iudicio* ex his causis obligatus est.

Hierauf bezieht sich ferner, wenn **Paulus** *L.* 1. *D. h. t.* sagt:

Finium regundorum actio *in personam* est, licet pro vindicatione rei est.

Und in eben dieser Rücksicht rechnet **Justinian** in der *L.* 1. *C. de annali except.* die Theilungsklagen zu den persönlichen Klagen.

Zuweilen kann die Klage blos auf persönliche Forderungen gehen, wenn die gemeinschaftliche Sache schon getheilt ist, oder nicht mehr existirt. Dann ist sie aber eine actio utilis [93]).

§. 716.

93) *L. 6. §. 1. D. Communi divid. L. 11. D. eodem. L. 24. pr. D. Famil. ercisc.* S. **Westphal** System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten. §. 674.

§. 716.

Theilungsklagen sind 2) *iudicia duplicia.*

Die Theilungsklagen haben 2) auch die besondere Eigenschaft, daß sie *iudicia duplicia* sind. Man nennt *iudicium duplex* eine solche Klage, wodurch ein Recht verfolgt wird, was jeder der streitenden Theile wechselseitig wider den andern geltend machen kann[94]. **Ulpian** sagt *L.* 37. §. 1. *D. de obligat. et actionib.*

Mixtae sunt *actiones*, in quibus uterque actor est: utputa finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo.

Noch bestimmter drückt sich hierüber **Julian** aus, wenn er *L.* 10. *D. h. t.* sagt:

Iudicium communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum tale est, *ut in eo singulae personae duplex ius habeant: agentis et eius, quo cum agitur.*

Bey diesen Klagen kann also jeder Mitinteressent als Kläger auftreten, so wie sichs im Gegentheil auch der Kläger wegen des dem Beklagten an der gemeinschaftlichen Sache zustehenden gleichen Rechts gefallen lassen muß, Beklagter zu seyn. In der Hauptsache wird jedoch eigentlich diejenige Parthey als der Kläger angesehen, welche zuerst in den Gerichten erscheint, und auf Theilung klagt. Sollte sich's etwa fügen, daß beyde Interessenten zugleich auf die Theilung geklagt hätten, so muß durchs Loos entschieden

94) S. *Sim. Pet.* GASSER Diss. de iudicio duplici eiusque genuino conceptu. *Halae 1736.* und **Schmidts** Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 29.

schieden werden, wer Kläger und wer der Beklagte seyn soll. Cajus und Ulpian haben dieses alles deutlich bestimmt. Jener sagt nämlich *L.* 13. *D. de iudic.*

In tribus istis iudiciis (familiae erciscundae, communi dividundo, et finium regundorum) quaeritur, quis actor intelligatur, *quia par causa omnium videtur?* Sed magis placuit, eum videri actorem, *qui ad iudicium provocasset* [95]). Dieser fügt *L.* 14. *D. eodem* noch hinzu:

Sed cum ambo ad iudicium provocant, *sorte res discerni solet.*

Es kann aber auch der Beklagte dadurch zugleich Kläger werden, daß er die wegen der gehabten Verwaltung der gemeinschaftlichen Sache verwendeten Unkosten und gethanen Auslagen wiederfordert. Daher sagt *L.* 2. §. 3. *D. Famil. ercisc.*

In familiae erciscundae iudicio unusquisque heredum *et rei et actoris partes sustinet.*

Bey einer vorhandenen Gemeinschaft ist es nun jedem Interessenten erlaubt, auf Theilung zu dringen, dem es nicht länger ansteht, in der Communion zu verbleiben. Denn die Gesetze betrachten die Gemeinschaft als eine beständige Quelle von Streitigkeiten [96]), und um diese zu vermeiden, soll Niemand in einer vorhandenen Gemeinschaft zu bleiben, wider seinen Willen genöthiget werden [97]). Hieraus ergeben sich folgende Wahrheiten.

1) Es

95) Dieselbige Stelle kommt nochmals *L. 2. §. 1. D. Communi divid.* vor.

96) *L. 77. §. 20. D. de Legat. II.*

97) *L. 5. C. Communi divid.*

1) Es muß sich jeder auch wider seinen Willen die Theilung gefallen lassen, der zur Theilung aufgefordert wird [98]; wenn er auch gleich noch minderjährig seyn sollte, und es wird in diesem Falle nicht einmal die Zustimmung der Obrigkeit erfordert. Denn die Theilung wird als eine nothwendige Veräußerung angesehen [99]).

2) Es kann auch durch Vertrag nicht festgesetzt werden, daß die Theilung nie geschehen solle [100]); vielmehr erklären die Gesetze einen solchen Vertrag, daß eine Gemeinschaft ewig dauern solle, für unverbindlich [1]); und wenn auch der Vertrag durch einen Eid bekräftiget worden wäre, so würde auch der Eid die Interessenten nicht hindern, die Gemeinschaft aufzuheben, und auf Theilung zu dringen [2]). Denn der Eid richtet sich immer nach der Natur des Hauptgeschäfts, und ist unter denselben Bedingungen zu verstehen. Dahingegen ist der Vertrag, daß eine Gemeinschaft zum Zweck eines gewissen Geschäfts binnen einer bestimmten Zeit nicht aufgehoben werden solle, gültig [3]), und selbst für die Erben verbindlich [4]).

Endlich

98) *L. 43. D. Fam. ercisc.*

99) *L. 2. C. de fundo dot. L. 17. Cod. de praed. et aliis reb. minor.* VOET Comment. ad Pand. Lib. X. Tit. 2. §. 15.

100) *L. 14. §. 2. D. Communi divid.* Si conveniat, *ne omnino divisio fiat*, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est.

1) *L. 70. D. Pro Socio.* Nulla societatis in aeternum coitio est.

2) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diss. XIX. Th. 14. Lit. I. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Consil. XXII. nr. 6. P. 303.

3) *L. 14. §. 2. D. Communi divid. L. 14. D. Pro Socio.*

4) LEYSER Meditat. ad Pandect. Vol. III. Specim. CLXXXVI. medit. 1.

Endlich kann auch

3) der Klage auf die Aufhebung einer noch wirklich vorhandenen Gemeinschaft keine Verjährung entgegengesetzt werden, wenn auch der gemeinschaftliche Besitz noch so lange gedauert haben sollte [5]). Denn

a) ist das Recht, bey einer vorhandenen Gemeinschaft auf Theilung zu dringen, für eine Sache der freyen Willkühr zu halten, welches auch dann nicht einmal durch Verjährung verlohren geht, wenn auch der andere dem von dem einen gemachten Antrage auf Theilung widersprochen, und letzter sich binnen einem sonst zur Verjährung genügenden Zeitraume dabey beruhiget hätte, ohne seinen Antrag weiter zu verfolgen, und durchzusetzen [6]), weil

b) auch die längste Zeit nicht die Ursache aufzuheben vermag, warum die Gesetze Niemanden wider seinen Willen in der Gemeinschaft zu bleiben gezwungen wissen wollen, und dann

c) eine Entsagung des Rechts da nie angenommen werden kann, wo nicht einmal der ausdrückliche Vertrag, daß eine Gemeinschaft nie aufgehoben werden solle, von rechtlicher Wirkung ist.

Nun

5) S. *Pet. de* TOULLIEU Collectan. iuris civ. Dissertat. IV. Cap. 8. *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 34. und besonders *Bruno* CASTENDYK Diss. de eo, quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoriis. *Goettingae 1792*.

6) Anderer Meinung sind zwar BERLICH P. II. Conclus. III. nr. 8. sqq. und *Fratr.* BECMANNI in Consil. et Decisionib. Part. I. Consil. XXII. nr. 9. Allein man sehe dagegen CASTENDYK cit. Diss. Sect. II. §. 9.

Nun scheint zwar dieser Behauptung die *L. 1. Cod. de annali except.* entgegen zu stehen, wo Justinian sagt:

Nemo itaque audeat, *actionis familiae erciscundae*, neque *communi dividundo*, neque *finium regundorum*, neque alterius cuiuscunque actionis personalis *vitam longiorem triginta annis interpretari*;

allein man unterscheide folgende Fälle. Es wird entweder

1) bloß auf persönliche Leistungen in Ansehung der gemeinschaftlichen Sache geklagt, und dann geschieht es entweder

a) nachdem schon die Gemeinschaft unter den Partheyen aufgehoben war. Hier hat es keinen Zweifel, daß die deswegen statthabende actio divisoria utilis durch eine Präscription von dreyßig Jahren erlösche, welche nach *L. 1. §. 1. C. de ann. except.* von der Zeit ihren Lauf anfängt, da die Klage begründet war, das heißt, da die Verbindlichkeit zur Erfüllung der persönlichen Leistungen entstand [7]).

b) Die Gemeinschaft war zur Zeit der erhobenen Klage noch vorhanden. Auch hier findet in Ansehung der persönlichen Prästationen eine Extinctivverjährung statt, weil die Verbindlichkeit, wodurch diese Prästationen begründet worden sind, nicht als eine bloß accessorische anzusehen, sondern eben so wohl eine für sich bestehende obligatio ist, als die auf die Theilung der gemeinschaftlichen Sache gehende Hauptverbindlichkeit. Nur in Ansehung der Erbthei-

7) S. CASTENDYK cit. Diss. §. 7. Man sehe auch Schmidts theoret. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden. 4. Bd. §. 1148. S. 422.

theilungsklage leidet diese Regel eine Ausnahme, wovon der Grund darin liegt, weil die Erbschaft eine universitas iuris ist, welche durch die Früchte eben so vermehrt, als durch die gehabten Unkosten vermindert wird. *Hereditas* enim, sagt **Ulpian** [8]), *iuris nomen* est, quod et *accessionem* et *decessionem* in se recipit. Hier findet also keine Verjährung in Ansehung der persönlichen Prästationen statt, so lange die Gemeinschaft in Ansehung der Erbschaft fortdauernd bleibt [9]). Man mag daher auf Theilung der Erbschaft klagen, wenn man will, so muß jederzeit auf Vermehrung und Verminderung derselben Rücksicht genommen werden, weil beydes ipso iure einen Theil der Erbschaft ausmacht [10]).

2) Es wird auf Theilung selbst geklagt. Hier ist wieder zu unterscheiden. Es hat entweder

a) einer der Theilhaber die sonst gemeinschaftliche Sache gegen die übrigen als ein ausschließendes privatives Eigenthum besessen, und als ein solches die Verjährungszeit hindurch behandelt. Hier kann, wie **Vinnius** [11]) und **Voet** [12]) mit Recht behaupten, auch selbst der Klage auf Theilung die Einrede der Verjährung mit vollkommener Wirkung entgegengesetzt werden. Von diesem Falle will man vorzüglich die oben angeführte *L. 1. C. de ann. except.*

8) *L. 178. §. 1. D. de Verb. Signific.*

9) S. TOULLIEU loc. cit. pag. 210.

10) *L. 9. sqq. D. Famil. ercisc. L. 23. D. de adim. et transfer. legat. L. 70. §. 3. L. 71. L. 72. D. de legat. II.*

11) Select. iur. Quaest. Lib. I. c. 34.

12) Comm. ad Pand. Lib. X. Tit. 2. §. 33.

cept. verstehen [13]), obwohl sie eben so gut auch von den vorigen Fällen erklärt werden kann [14]). Daß jedoch nach den Grundsätzen des canonischen Rechts [15]) von Seiten des Beklagten eine bona fides erfordert werde, läßt sich wenigstens nach dem Gerichtsgebrauche nicht bezweifeln [16]).

b) Der auf Theilung belangte Beklagte hat während der Verjährungszeit die gemeinschaftliche Sache als Mittheilhaber, und folglich als eine gemeinschaftliche besessen. Hier findet aus den oben angeführten Gründen keine Verjährung der Theilungsklage Statt. Denn es würde zur offenbarsten Ungereimtheit führen, wenn man in dem Falle, da zwey Miteigenthümer dreyßig Jahre ruhig neben einander ihr Recht ausgeübt haben, eine Verjährung der Klage auf Theilung der gemeinschaftlichen Sache annehmen wollte [17]).

§. 717.

Begriff des *iudicii finium regundorum*.

Nachdem wir die Natur der Theilungsklagen im Allgemeinen kennen gelernt haben, so wollen wir sie nun auch einzeln

13) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 423. et Tom. II. P. X. Obs. 489. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 42. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3065. V. et §. 3069. III.

14) S. *Iac.* RAVE Doctr. de praescriptione §. 148. et 149.

15) *Cap. fin. X. de praescript.*

16) RAVE in Doctr. cit. §. 131. HOFACKER cit. loc. §. 3080. I.

17) S. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 43. S. 123.

einzeln näher betrachten. Die erste ist die Gränzscheidungsklage, *iudicium finium regundorum* [18]).

Gränzen sind im Allgemeinen Bestimmungen, welche anzeigen, wie weit ein gewisser Gegenstand sich erstreckt. Im juristischen Sinne aber versteht man darunter gewisse Merkzeichen, wodurch Länder, Grundstücke und Gerechtsame von einander geschieden, und die Rechte des Besitzers derselben bestimmt werden [19]). Diese sind von so mancherley Art, als verschieden der Gegenstand ist, den sie bezeichnen. Es giebt daher Landes- Amts- Jagd- Forst- Gerichts- Feld- Flur- Weide- Fischereygrenzen u. s. w. [20]).

Sind nun die Gränzen anliegender Ländereyen, oder Grundstücke, oder anderer Gerechtsame in Verwirrung gerathen, (fines confusi) so kann jeder Nachbar oder Interessent wider den Andern auf die Berichtigung und Wiederherstellung derselben klagen. Diese Klage wird die Gränzscheidungsklage (*iudicium finium regundorum*) genennt. Ihr Ursprung ist aus den Gesetzen der zwölf Tafeln herzuleiten [21]). Nach der Verordnung derselben sollte nämlich

 1) zwi-

18) OETTINGER de iure et controversiis limitum et finibus regundis. BECK Tr. de iure limitum. *Norimb.* 1723. *Ant.* LOPEZ de iudicio finium regundorum. *Olyssip.* 1654. 4. *Ad. Frid.* REINHARD Diss. de finibus regundis. *Erfordiae* 1781. *Herm. Paul* ZIEGLER Diss. de finium regundorum iudicio. *Erfordiae* 1771. und *Iac. Frid.* BRACKENHOFFER Diss. de finium regundorum actione. *Argentorati* 1784.

19) S. *Christ. Car.* OTTO Diss. de finibus. *Erfordiae* 1728. und Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts. §. 161.

20) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5 — 7. und HILDEBRAND Diss. de diversitate lapidum finalium eorumque iure.

21) S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Pand. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 233.

1) zwischen angränzenden Grundstücken ein Raum von fünf Fuß in der Breite gelassen werden, und dieses confinium [22]) sollte keiner Verjährung unterworfen seyn [23]).

2) Wenn zwischen den Nachbaren wegen der Gränzen ihrer Grundstücke Streit entsteht, so solle der Magistrat zur Berichtigung derselben drey arbitros ernennen, welche den Streit beylegen sollten [24]).

Eben dieses bestätigte nochmals die *Lex Mamilia*, für deren Urheber einige [25]) den Tribun **C. Mamilius**, mit dem Beynamen *Limetanus*, halten, und sie ins Jahr der Erb. Roms 588 setzen; andere [26]) hingegen dem **C. Mamilius Turrinus** zueignen wollen, welcher im Jahr der E. R.

22) Dieser Gränzraum wird auch *iter limitare* genennt. VARRO de Lingua Lat. Lib. IV. S. HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. in nota.

23) CICERO *de Legib. Lib. 1. cap. 21. L. ult. Cod. Theod. h. t.* Nach *Iac.* GOTHOFREDI Restitution in Fontib. quatuor iuris civ. lauteten die Worte des Decemviral-Gesetzes Tab. VIII. so: *Intra quinque pedes aeterna auctoritas esto.*

24) Nach CICERO *de Republica* Lib. IV. bey NONIUS cap. 5. voc. *Lis* et v. *Iurgium.* Nach Godefroi lautet das Gesetz so: *Si iurgant adfines, finibus regundis Praetor arbitros tris addicito.*

25) PIGHIUS Annal. Rom. ad A. 588. Tom. II. pag. 392. GRAVINA Origin. iuris civ. Lib. III. §. 67. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. I. *Thes. iuris Rom.* p. 24. BACH Histor. Iurisprud. Rom. Lib. II. Cap. II. Sect. I. §. 41. u. a. m.

26) *Car.* SAXE Disp. ad Legem Mamiliam finium regundorum. *Trajecti ad Rhenum 1779.* et rec. *Lipsiae 1782.* 4. Cap. 3.

E. R. 514. Consul war. Nur darin wurde durch dieses Gesetz die Verordnung der zwölf Tafeln abgeändert, daß zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten künftig nur ein Arbiter ernennt werden sollte [27]). Aus dieser Quelle ist nachher das Edict des Prätors geflossen, über welches die römischen Rechtsgelehrten in den Fragmenten dieses Titels commentirt haben, und welches Gerhard Noodt [28]) auf folgende Art restituirt hat:

Finium regundorum si agetur inter confines, arbitrum dabo, ut fines eius arbitratu regantur; item, si quid damni datum factumve erit, sive quid eo nomine alicui aberit, aut ad eum pervenerit, ut id praestetur.

Die actio finium regundorum hatte nun ursprünglich blos in dem Falle Statt, wenn über das iter limitare quin-

27) SIMPLICIUS sagt bey GOESIUS in seinen Scriptoribus rei agrariae pag. 83. *Lex Mamilia fini latitudinem praescribebat. — Quini pedes latitudo dati sunt. An in tantum quisque? Videntur tamen bis quinque pedum esse latitudinem ita, ut dupondium et semissem* (i. e. duo pedes et dimidium) *unaquaeque pars ad agri finem pertinere patiatur.* Ferner sagt AGGENUS URBICUS P. I. Commentarii in *Frontinum* de limitibus agrorum pag. 53. edit. GOESII. *De fine Lex Mamilia quinque aut sex pedum latitudinem praescribit:* (Die Worte *aut sex* sind jedoch, wie GOESIUS in Notis pag. 149. bemerkt hat, als ein unächter Zusatz, wegzustreichen;) *quoniam hanc latitudinem vel iter ad culturas accedentium occupat, vel circumactus aratri, quod usucapi non potest.* Daß nach der *Lex Mamilia* nur ein arbiter zur Beylegung der Gränzstreitigkeiten ernennt werden sollte, erhellet aus einer Stelle des Cicero *de LL. Lib. I. cap.* 21. Siehe auch CUJACII Observat. Lib. V. cap. 21. und SAXE cit. Diss. Cap. IV. pag. 18.

28) Commentar. ad Dig. h. t. init. pag. 233.

quinque pedum ein Streit unter den Gränznachbaren entstand [29]). Ein solcher Streit hieß *controversia finalis* [30]), oder auch *iurgium finale* [31]), und die Beylegung dieses Streits gehörte für den arbiter oder agri mensor [32]).

Davon

29) S. HEINECCII Opuscula postuma ad Edictum perpet. Tit. 14. pag. 499. not. b.

30) *L. 3. Cod. Theod. h. t.*

31) Man unterschied zwischen *iurgium* und *lis*, wie Nonius lehrt. Ersteres nannte man eine concertatio inter propinquos et vicinos; hingegen *lis* eine dissensio inter inimicos. S. *Iac.* GOTHOFREDUS in Fontibus quatuor iur. civ. pag. 133. edit. *Genev. 1653.*

32) Daß der *arbiter* und *mensor* oder *agrimensor* von einander nicht verschieden gewesen sind, erhellet theils aus einer Stelle des AGGENUS URBICUS, welcher in *Commentar. in* FRONTINUM *de limitibus agrorum* pag. 64. sagt: *In iudicando* autem *mensor* bonus vir et iustus: und bald nachher heißt es: Totum hoc iudicandi negotium hominem bonum, iustum, sobrium, castum, modestum et artificem egregium exigit. Theils gedenkt auch Ulpian *L. 8. pr. D. h. t.* ausdrücklich nur das *mensoris*, und wenn nachher *§. 1.* eben dieser römische Jurist sagt: *Ad officium de finibus cognoscentis pertinet, mensores mittere, et per eos dirimere ipsam finium quaestionem:* so beziehen sich unstreitig die ersten Worte auf den Prätor oder Präses, und es ist gewiß keine ungegründete Emendation, wenn NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 235. statt *mensores* lieber *mensorem*, und statt *per eos* vielmehr *per eum* gelesen wissen will. Wenigstens hat diese Conjectur die von Noodt nicht benutzte Auctorität der Basiliken für sich, in welchen Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 8. pag. 778. die *L. 8.* folgendermassen lautet: Ἐὰν ἐπίκλυσις ἀφανίσῃ ὅρους, διὰ τοῦ ἄρχοντος φανεροῦνται, διδομένου μετρητοῦ. Τοῦ γὰρ δικαστοῦ ἐστι διδόναι μετρητήν.

i. e.

Davon war *controversia de loco* unterschieden, wenn über die Proprietät eines Theils des Grundstücks selbst gestritten wurde[33]). Die Klage, welche deshalb Statt hatte, war die rei vindicatio, und die Entscheidung eines solchen Streits gehörte für den Prätor. Es verdienen hier folgende Stellen einen Platz.

Julius Frontinus *de limitibus agrorum* pag. 39. et 40. nach der Ausgabe des Goes sagt:

Materiae controversiarum sunt duae *finis* et *locus*. De rigore controversia est finitimae conditionis, *quoties secundum Legem Mamiliam intra quinque pedes agitur*. De *fine* similis est controversia, nam et eadem Lege continetur, et de quinque pedum agitur latitudine. *De loco* controversia est, *quidquid excedit supra scriptam latitudinem*.

Isidorus *Lib. V. Origin. c.* 25. bestärkt eben dies, wenn er sagt:

Finium regundorum actio dicta, quod per eam regantur fines utrique, ne dissipentur: dummodo non augustiore quinque pedum loco ea controversia sit.

Besonders aber gehört hieher die Constitution des Kaisers Constantin *L.* 3. *Cod. Theod. h. t.*

Si

i. e. *Si fines inundatio confuderit, per praesidem provinciae, mensore dato, demonstrantur. Nam iudicis est, mensorem dare.* S. SAXE Diss. cit. ad L. Mamiliam Cap. IV. pag. 18. und *Anonymi* Exercitat. iuridico-antiquar. de agrimensoribus Romanor. *Bremae* 1771.-8. §. 15. et 16.

33) S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 3. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 235. sq. *edit. Ritter.*

Si *finalis controversia* fuerit, tunc demum *arbiter* non negetur, *cum intra quinque pedes locum* (i. e. agrum), *de quo agitur*, *apud Praesidem esse constiterit:* cum de maiori spatio *causa quaedam non finalis*, sed *proprietatis* apud ipsum Praesidem debeat terminari.

Viele Rechtsgelehrten [34]) behaupten, daß der Grundsatz des ältern Rechts, der Gränzraum müsse fünf Fuß breit seyn, durch das neuere römische Recht sey aufgehoben, und statt desselben fines lineares wären eingeführt worden. So wollen wenigstens **Jac. Gothofredus** [35]), **Hubert Giphanius** [36]), und **Peter van Toullieu** [37]), die *L.* 5. *C. h. t.* verstehen, worin es heißt:

Quinque pedum praescriptione submota, finalis iurgii, vel locorum libera peragatur intentio [38]).

Allein

34) S. HUBERI Praelect. ad Pand. h. t. §. 5. STRUVII Syntagm. iuris civ. Exercit. XIV. Th. 57. und HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. cap. III. §. 101. not. *). pag. 179.

35) Commentar. ad L. 4. Cod. Theodos. h. t. Tom. I. pag. 237. *edit. Ritter.*

36) Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Codicis Iustin. ad L. penult. er L. ult. C. h. t. pag. 208. sqq.

37) Collectanea iuris civ. Dissertat. IV. Cap. 9.

38) So wie dieses Gesetz im Justinianeischen Codex lautet, ist es verstümmelt. Vollständiger ist es *L. 4. Cod. Theodos. fin. reg.* nach Gothofredus Tom. I. Lib. II. Tit. 26. pag. 236. der Ritterschen Ausgabe befindlich. Die beste Erklärung von dieser so sehr mißverstandenen Stelle giebt Westphal in dem System des röm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung. §. 826.

Allein wenn es auch an sich seine Richtigkeit hat, daß hier unter dem Wort *praescriptio* nicht, wie Alciat [39]), und mehrere andere [40]) es erklären, eine Verjährung der Gränze, sondern vielmehr die gesetzlich bestimmte Gränzscheidung von fünf Fuß breit (spatium quinque pedum legibus praescriptum) verstanden werden muß, wie durch die von Jacob. Gothofredus [41]) angeführten Beweisstellen ausser Zweifel gesetzt worden ist; so ist doch von einer Aufhebung dieses Gränzraums überall die Rede nicht, sondern das Wort *submovere* heißt hier, wo von Gränzen die Rede ist, soviel als confundere oder de loco movere [42]). Die Worte: *Quinque pedum praescriptione submota* sind daher so zu erklären: Wenn die gesetzlich verordnete Gränzlinie von fünf Fuß breit verrückt oder verdrängt worden ist, so soll weder die deshalb dem Nachbar zustehende Gränzscheidungsklage, noch die Vindication des demselben durch die Verrückung der Gränze entzogenen Stück Landes einer Verjährung unterworfen seyn, sondern die Klage zu aller Zeit Statt finden [43]). So ist nach

Johann

39) Libr. de quinque pedum praescriptione §. 19. et 20.

40) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVI. *Alex. Andr. de* RAMDOHR Commentat. de limitum praescriptione. *Goettingae 1746.* Sect. III. §. 17. *Car. Guil.* MÜLLER Diss. de crimine termini moti. *Lipsiae 1752.* §. 8.

41) *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 4. Cod. Theod. h. t. Tom. I. pag. 237.

42) *L. 1. L. 2. et 3. D. de termino moto.*

43) In wiefern Justinian durch die *L. ult. C. h. t.* und *L. 1. §. 1. C. de ann. except.* dies abgeändert habe, wird §. 719. vorkommen.

Johann Eduard Wittert[44]) dieses Gesetz zu erklären, welches der große Gerhard Noodt[45]) für unerklärbar hielt. Daß durch dieses Gesetz die vorgeschriebene Breite des Gränzreins von 5 Fuß keinesweges aufgehoben worden ist, erhellet noch deutlicher aus *L. 5. Cod. Th. h. t.* wo es heißt:

Cunctis molitionibus, et machinis amputatis, finalibus iurgiis ordinem modumque praescripsimus; *ac de eo tantum spatio, hoc est, pedum quinque, qui veteri iure praescripti sunt, sine observatione temporis arbitros iussimus iudicare.* Quod si loca in controversiam veniant, solenniter Judicans cognoscat, et seu civilis seu criminalis actio competit, tribuatur, ita ut causa cognita, et redhibitione obnoxius decernatur, nec poenam convictus aufugiat[46]).

In dieser Constitution, welche Kr. Theodos der Große im Jahr Chr. 392. promulgirte, und die also viel jünger ist, als die vorhergehende vom Kr. Valentinian im Jahr 385. gegebene Verordnung, wodurch das zum Gränzreine vorgeschriebene Spatium quinque pedum nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten sollte aufgehoben worden

44) Disputat. de praescriptione quinque pedum ad L. penult. Cod. fin. reg. *Lugduni Batavor.* 1751. (in *Ger.* OELRICHS *Thesauro novo Dissertation. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. VII.)

45) Commentar. ad Pand. h. t. in fine Tom. II. *Operum.*

46) Ich habe die Constitution, welche nach Gothofred manche unrichtige Lesearten enthält, noch Ritters Emendation hier dargestellt. S. *Tom. I. Cod. Theodos. L. II. Tit. 26. pag. 241. sq.*

den seyn, wird also nochmals dieser in dem alten Rechte vorgeschriebene Gränzraum, so wie der Unterschied zwischen *iurgium finale* und *controversia locorum* bestätiget, nur mit der Abänderung, daß die Unverjährbarkeit der Klage blos auf das erstere beschränkt seyn solle. Wie lange jedoch jenes gesetzliche Reinmaaß im Gebrauche geblieben sey, ist unbekannt. Einige [47]) glauben, es sey schon zu Justinians Zeiten ausser Gebrauch gekommen, andere [48]) nach Justinian. Allein es läßt sich das eine so wenig als das andere mit Grund behaupten, wie Saxe [49]) sehr richtig bemerkt hat. Soviel ist indessen gewiß, daß es darauf heut zu Tage bey der Gränzscheidungsklage nicht mehr ankomme [50]).

Das iudicium finium regundorum ist nun, soviel die Natur dieser Klage anbetrift,

1) eine *actio duplex*, denn jeder Gränznachbar kann sie anstellen, dem an der Berichtigung der verworrenen Gränzen gelegen ist. Es muß jedoch zuvörderst der Besitz, wenigstens der jüngste [51]), berichtiget werden, theils um die Ruhe unter den Partheyen herzustellen, und Thätlichkeiten

47) *de* RAMDOHR Commentat. de limitum praescriptione Sect. III. §. 17. p. 49. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3078.

48) HEINECCIUS in Histor. iuris Lib. I. cap. 3. §. 101. in fin.

49) Vid. SAXII Diss. cit. Cap. 5. pag. 22.

50) GOESIUS in Notis ad rei agrar. Scriptores pag. 193. MÜLLER ad STRUVII Synt. iur. civ. Exercit. XIV. Th. 57. not. ξ. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12.

51) S. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 4. Not. 3.

keiten unter denselben zu verhüten, theils damit man wisse, wer Klägers oder Beklagtens Stelle zu vertreten hat. Daher sagt *L.* 3. *C. h. t.*

Si quis super sui iuris locis prior de finibus detulerit querimoniam, quae proprietatis controversiae cohaeret; *prius possessionis quaestio finiatur*: et tunc agrimensor ire praecipiatur ad loca, ut, patefacta veritate, huiusmodi litigium terminetur.

Wenn nun gleich bey dieser Klage eigentlich derjenige, welcher zuerst klagt, als Kläger angesehen wird[52]); so kann doch auch dieser, wegen des gleichen Rechts des Beklagten, selbst zugleich Beklagter seyn, und daher auch, wegen der dem Beklagten in Rücksicht der Gränzberichtigung etwa zustehenden Gegenforderungen, condemnirt werden[53]), wie sich in der Folge noch mit Mehrerem ergeben wird.

Die Gränzscheidungsklage ist ferner

2) eine gemischte Klage. Zwar ist das dingliche Recht bey dieser Klage nicht die Hauptsache, worüber gestritten wird. Denn es pflegen sich gemeiniglich die Angränzer einander zuzugestehen, daß jedem das Eigenthum des Grundstücks zugehöre, dessen Gränzen in Verwirrung gerathen sind. Es wird also hauptsächlich nur über die Gränzen gestritten, und auf die wegen der Verwirrung derselben entstandenen persönlichen Leistungen geklagt, wozu die Verbindlichkeit entweder unmittelbar aus dem Gesetz, oder aus der Administration der Gränzen quasi

52) *L.* 2. §. 1. *D. Communi divid.*

53) *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. h. t.*

quasi ex contractu, oder auch aus einer von dem Beklagten unternommenen unerlaubten Handlung entspringt [54]). Allein da auch zugleich auf Restitution desjenigen geklagt werden kann, was der Beklagte wegen der entstandenen Verwirrung der Gränzen von des Klägers Ländereyen ohne rechtlichen Grund besitzt, und folglich in dieser Hinsicht zugleich die Stelle der Reivindication vertritt, sie ist die Gränzscheidungsklage auch zugleich als eine actio in rem anzusehen, und so erklärt sich denn der Ausspruch des röm. Juristen **Paulus** von selbst, wenn er *L.* 1. *D. h. t.* sagt:

Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

Johann Voet [55]) und **Gerhard Noodt** [56]) wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß die Gränzscheidungsklage hauptsächlich eine *actio in rem* sey, weil jeder Nachbar dadurch das ihm gebührende Seine von dem Andern fordert, was ihm wegen der in Verwirrung geratheten Gränzen an seinem Grundstück fehlt; daneben sey aber diese Klage doch auch zugleich eine *actio in personam*, insofern

54) §. 3. *I. de obligat. quae quasi ex contr. nasc. L.* 4. §. 1. *et* §. 4. *L.* 8. *D. h. t. Io. Ortw.* WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Instit. Lib. IV. Tit. 6. §. 18—20. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 5. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 2. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. und Schmidt in dem theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 4. Bd. §. 1139.

55) Commentar. ad Pandect. h. t. §. 4. pag. 445.

56) Comm. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 236.

fern sie nämlich auf persönliche Leistungen geht, und in dieser Hinsicht auf einer obligatio gegründet ist. Noodt[57]) sucht zur Unterstützung seiner Erklärung aus mehreren Stellen zu beweisen, daß öfters das Wort *etiam*, da, wo es nicht steht, ergänzt werden müsse. Allein daß diese Erklärung dem eigentlichen Sinn dieser Stelle nicht gemäß sey, beweisen insonderheit die Basiliken[58]), in welchen die Stelle so lautet:

Το περὶ ὅρων ἰθυντέων προσωπικόν ἐςιν, ἐι καὶ πράγματος ἐκδίκησιν ἔχει. i. e. *Finium regundorum iudicium personale est, licet rei vindicationum contineat*[59]).

Eben deswegen, weil die Klage eine actio mixta ist, kann sie auch in foro rei sitae angestellet werden[60]).

3) Die Gränzscheidungsklage findet nur inter confines, wie Paulus[61]) sagt, das ist, unter Feldnachbaren Statt; nicht wider einen Dritten, der kein Gränznachbar ist. Hat ein solcher die Gränzen vorsätzlich verrückt, so muß die actio de termino moto wider ihn angestellt werden[62]).

4) Die

57) Lib. sing. ad Edictum de pactis et transactionib. Cap. 3.

58) Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 1. pag. 778.

59) Man sehe vorzüglich *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. Lib. X. ad L. 1. D. h. t. pag. 429. sq.

60) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 3. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 6. §. 43. WERNHERI Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1.

61) *L. 4. §. 10. D. h. t.*

62) Nach der *Lege agraria* C. IULII CAESARIS, deren Callistratus *L. 3. D. de termino moto* gedenkt, gieng die Klage

4) Die Klage geht zwar hauptsächlich auf Berichtigung der Gränzen, welche in Verwirrung gerathen sind; sie bestehe nun entweder in einer Wiederherstellung der alten, oder Festsetzung neuer Gränzen, wenn es nämlich nicht möglich wäre, die alten aussindig zu machen. Doch finden nebenbey auch Forderungen wegen des Interesse Statt, wohin nicht nur Erstattung der entzogenen Nutzungen, sondern auch der Verwendungen und Unkosten, welche der Kläger z. B. für die Ausmessung der Felder hat bezahlen müssen, so wie nicht minder Ersatz der verursachten Schäden gehört. Die näheren Bestimmungen hierüber werden unten §. 723. angegeben werden. Hier nur noch eine Stelle aus **Paulus** *Lib.* 23. *ad Edictum.* Dieser röm. Jurist sagt nämlich *L.* 4. §. 1. *D. h. t.*

In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, *quod interest.* Quid enim, si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? inique damnatio eo nomine fiet [63]). Sed et si mensor ab altero

ge auf eine Geldstrafe von 50 aureis. Jetzt wird auf das Interesse, und auf eine willkührliche Strafe geklagt. S. *Christ. Henr.* TROTZII Diss. de termino moto. *Trajecti ad Rhenum 1730.* (in *Ger.* OELRICHS *novo Thesauro Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. Nr. 3.) und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 3.

63) So lieset TAURELLIUS und nach ihm GEBAUER. Allein HALOANDER und VINTIMILLIUS wollen mit der Vulgata lieber an inique damnatio eo nomine fiet? lesen. Es scheint auch, daß das Fragzeichen, welches nach dem Worte *appareat* steht, mit NOODT in Comm. ad Pand. h. t. pag. 236. auf diese Art verändert werden müsse, wenn die Florentinische Leseart gerettet

altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis.

§. 718.

Erfordernisse des iudicii finium regundorum. Welche Klagen finden Statt, wenn bey Gebäuden Gränzstreitigkeiten entstehen? *actio viae receptae.*

Die Gränzscheidungsklage setzt nun I. eine Gränzverwirrung voraus, das heißt, es muß eine Ungewißheit über die wahren Gränzen vorhanden seyn, sie sey nun entweder durch Zufall z. B. durch Ueberschwemmung, oder feindliche Belagerung, oder durch das Alterthum der Zeit, oder durch die unerlaubte Handlung des Gränznachbars entstanden. Justinian sagt ausdrücklich § 6 *I. de officio iud.* Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc

werden soll. Denn mit *Cujaz* in Paulo ad h. L. *non inique* zu lesen, ist eine viel zu gewagte Critic, welche JAUCHIUS in Meditat. critic. de Negationib. Pandect. pag. 171. und pag. 244. mit Recht verwirft. Die aufgeworfene Frage involvirt ja ohnehin schon eine Negation. Vielleicht gefällt indessen die wirklich sinnreiche Erklärung des gelehrten *Io. Frid.* SAMMET in Recept. Lection. ad Iauchium Disputat. I. Cap. VI. §. 3 (in *Opusc.* pag. 128.) welcher die Leseart und Interpunction unverändert läßt, und den Paulus aus sich selbst erklärt. Paulus sagt nämlich *L. 3. D. de damno inf. Damnum* et *damnatio* ab ademtione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt. *Damnatio* ist also auch in unserer Stelle nicht, wie es alle erklären, für eine *condemnatio, quae officio iudicis fit*, sondern für *damnum* zu nehmen, und nun die Stelle so zu verstehen: Iniquum ergo est, ut vicinus *damnationem*, id est *deminutionem patrimonii sui* patiatur, si alter vicinus ex eo utilitatem perceperit.

hoc iudicio (ſc. finium regundorum), *quod forte circa fines aliquid malitioſe commiſit*: verbi gratia, quia lapides finales furatus eſt, vel arbores finales excidit. Jedoch findet in dieſem Falle auch eine peinliche Anklage Statt [64]). Wo alſo keine Gränzverwirrung möglich iſt, da fällt die Gränzſcheidungsklage weg. Sie findet daher bey ſolchen Grundſtücken nicht Statt, welche durch ein Gebäude, oder durch die Landſtraße, oder durch einen öffentlichen Fluß geſchieden ſind. **Paulus** ſagt *L.* 4. §. 10. *D. h. t.* Etſi in agris *aedificia* iuncta ſint, locus huic actioni non erit; und §. 11. Sive *flumen* ſive *via publica* intervenit [65]), confinium non intelligitur: et ideo finium regundorum agi non poteſt. Eben dieſer römiſche Juriſt

 ſetzt

64) *L.* 1. *et* 2. *D. de termino moto. Conſt. crim. Carol. Art.* 114. *Car. Guil.* MÜLLER Diſſ de crimine termini moti. *Lipſiae* 1752. Beyde Klagen die actio civ. finium regundorum und die actio crim. de termino moto können auch cumulirt werden. *L.* 4. §. 4. *D. h. t.* S. *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XX. §. 40. und *de* BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. 4. Not. 10.

65) Ich muß hier bemerken, daß die Leſeart des §. 11. in den Ausgaben der Pandecten verſchieden iſt. TAURELLIUS, HUGO *a* PORTA, RUSSARDUS, CHARONDAS, GOTHOFREDUS und GEBAUER leſen: *Sive via publica.* HALOANDER, und BAUDOZA CESTIUS hingegen: *Si vero flumen vel via publica.* Dieſe Leſeart billiget auch NOODT in Comm. ad Pandect. h. t. pag. 234. Die Vulgata aber lieſet: *Si vero via publica.* So hat auch unſer Cod. Pand. Erlang. und dieſe Leſeart billiget inſonderheit *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 427. Allein die richtigere Leſeart nach Brenkmanns Urtheile in dem Gebauerſchen Corp. iuris iſt die von mir beybehaltene: *Sive flumen ſive via publica*, wie CONTIUS aus dem Frontin bewieſen hat.

setzt noch *L.* 5. *D. eodem* hinzu: Quia magis in confinio meo via publica, vel flumen sit, quam ager vicini. Hat daher ein Nachbar auf eine unerlaubte Art den öffentlichen Weg auf des Andern Grundstück hinübergebracht, z. B. er hat von dem öffentlichen Wege Etwas abgepflügt, wodurch derselbe zu schmal geworden ist, daher die Fuhrleute sich genöthiget gesehen haben, sich einen Weg über das gegenüber liegende Grundstück zu machen[66]; so findet die Gränzscheidungsklage nicht Statt, sondern es muß eine andere Klage angestellet werden, welche *actio viae receptae* oder besser *reiectae*[67]) genennt wird. **Paulus** gedenkt derselben *L.* 3. *pr. D. de via publica*, wo es heißt:

Si in agrum vicini viam publicam quis reiecerit, tantum in eum *viae receptae actio* dabitur, *quanti eius interest*, cuius fundo iniuria irrogata.

Diese Klage geht dahin, daß der Beklagte allen durch die Rejection des öffentlichen Weges verursachten Schaden ersetze,

66) Es kann die unerlaubte Handlung, wodurch der öffentliche Weg auf des Nachbars Grundstück gebracht wird, auch unterlassungsweise begangen werden, dahin gehört, wenn der eine Nachbar die ihm obliegende Ausbesserung des öffentlichen Weges auf seiner Seite unterläßt. Denn so wie jedem das Recht zusteht, den öffentlichen Weg zu bessern, und Niemand daran gehindert werden darf, so liegt die Verbindlichkeit zur Ausbesserung zunächst den Feldnachbaren ob. S. WESTPHAL Interpretat. iur. civ. de libertate et servitut. praedior. §. 90. et not. 90. pag. 80. Schmidts Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen 5. B. §. 1322.

67) S. *Ant.* SCHULTING in Iurisprud. Antejust. ad *Iul.* PAULI *Sentent. Recept.* Lib. I. Tit. 14. not. 2. pag. 252.

ersetze, auch den vorigen Weg wiederherstelle, und ihm bey Strafe untersagt werde, den Weg noch einmal auf des Klägers Grundstück zu verlegen [68]). Es ergiebt sich hieraus, daß diese Klage eine eigene, von der Klage des Aquilischen Gesetzes ganz unterschiedene, prätorische Klage sey, und daß daher diejenigen [69]) offenbar irren, welche sie blos für eine Art von jener Klage halten wollen [70]). Insofern diese Klage blos auf Schadensersatz gerichtet wird, findet sie unstreitig auch gegen die Erben Statt; dahingegen sind dieselben zur Wiederherstellung des öffentlichen Weges nur dann verbunden, wenn sie durch die unerlaubte Handlung ihres Erblassers bereichert worden sind [71]). Heutzutage kann man sich jedoch, ohne eine förmliche Klage anzustellen, auch einer bloßen Denunciation bedienen [72]).

Ein bloßer Bach oder Privatweg, welcher zwey Grundstücke von einander scheidet, hindert die Gränzscheidungsklage nicht [73]).

68) S. STRYK Tr. de actionib. forens. Sect. I. Membr. IX. §. 27. BOEHMERI Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. XI. §. 12. und Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1325. Außer der *actio viae reiectae* findet auch noch das *Interdictum, ne quid in via publica fiat*, Statt, auch dies geht zugleich auf das Privatinteresse des Klägers. *L.* 2. *§.* 20. *et §.* 24. *D. Ne quid in loco publico.* S. WESTPHAL cit. lib. §. 484. et 485.

69) Z. B. LAUTERBACH in Colleg. theor. pract. Pand. Lib. XLIII. Tit. XI. §. 3. STRUV. in Syntagm. iuris civ. Exercit. XLV. Th. 79. und MÜLLER ad *Struv.* c. l. not. *α*.

70) S. Schmidts theor. pract. Commentar über seines Vaters Lehrbuch von Klagen und Einreden 5. B. §. 1322. Not. i.

71) S. Schmidt im angef. Commentar §. 1324.

72) S. MADIHN ad *Menckenii* Introduct. in doctr. de actionib. for. pag. 384. not. 1227.

73) *L.* 6. *D. h. t.*

II. Die actio finium regundorum findet nach dem römischen Rechte nur alsdann Statt, wenn die Gränzen anliegender Feldgüter in Verwirrung gerathen sind. Bey Gebäuden kann daher diese Klage ordentlicher Weise nicht gebraucht werden. Schon Cicero [74]) sagt: Si in urbe de finibus controversia est, *quia fines magis agrorum videntur esse, quam urbis*, finibus regundis adigere arbitrum non possis. Noch deutlicher aber lehrt dies **Paulus**, wenn er *L.* 4. §. 10. *D. h. t.* sagt:

Hoc iudicium locum habet *in confinio praediorum rusticorum:* urbanorum displicuit. Neque enim *confines* hi, sed magis *vicini* dicuntur, et ea *communibus parietibus* plerumque disterminantur [75]).

Entsteht bey Gebäuden ein Streit über die Gränzen, so findet, ehe noch der Bau vollendet ist, die *novi operis nunciatio*, nachher aber nach dem Unterschiede der Fälle die Reivindication, oder die Confessorische- oder Negatorien-Klage Statt; oder man kann sich auch eines possessorischen Rechtsmittels, des *Interdicti, quod vi aut clam*, bedienen [76]). Wenn jedoch bey Gebäuden Gärten

74) *Topicor. cap.* 10.

75) *Communes parietes* heißen hier nicht solche Wände, welche mehreren angränzenden Häusern gemeinschaftlich sind, sondern diejenigen, welche ein einzelnes Gebäude, dergleichen man insulae nannte, von allen Seiten umschließen. S. *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 25. pag. 383.

76) Denn von einem Quasi-Contract kann hier keine Frage seyn. Der Streit kann blos entweder die Proprietät, oder die Anmaßung einer Servitut, oder die Befreyung von derselben betreffen. Ersatz für die zugefügten Schäden ist hier nur Folge der

ten befindlich sind, die an einander gränzen, so kann zuweilen wohl auch eine solche Gränzverwirrung entstehen, welche der Gränzscheidungsklage Raum giebt [77]).

§. 719.

Wenn hat bey der Gränzscheidungsklage die Verjährung Statt?

Bey der Gränzscheidungsklage müssen zwey Fälle unterschieden werden. Es wird entweder blos über die Auseinandersetzung wirklich verworrener Gränzen gestritten, oder es wird zugleich die Restitution eines dem Kläger gehörigen Stück Landes gefordert, welches der Beklagte über die Gränzlinie besitzt [78]). Man kann die Klage in jenem Falle mit **Peter van Toullieu** [79]) *actio finium regundorum simplex*, in diesem aber *actio finium regundorum qualificata* s. *ea, quae pro rei vindicatione est*, nennen. Der Unterschied besteht darin, daß jene keiner Verjährung unterworfen ist, weil bey verworrenen Gränzen, wegen der Ungewißheit derselben, kein fester und gewisser Besitz Statt findet [80]). Schon nach den Gesetzen

der Realklage. S. CARRACH Adnotation. ad *Boehmeri* doctrinam de actionib. Sect. II. Cap. VI. ad §. 42. not. 99. pag. 285. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 3073. not. b. und HOMMEL ad MENCKENII Introduct. in doct. de actionib. for. pag. 385. not. 1234.

77) *L. 4. §. 10. D. h. t.* Et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.

78) Die Gesetze nennen dies zum Unterschied von Confinium, *locus*, wie aus *L. 60. pr. D. de Verb. Signif.* erhellet, wo Ulpian sagt: LOCUS est non fundus, sed *portio aliqua fundi.*

79) Collectan. iuris civ. Dissert. IV. Cap. VIII. pag. 211. sqq.

80) S. *de* BERGER Oeconom. iuris Lib. III. Tit. VI. Th. IV. Not. 7. *a* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Specim. CCCCLIV. medit.

der zwölf Tafeln konnte der zwischen Aeckern zu lassende fünffußbreite Gränzraum nicht usucapirt werden. Eben dies wiederholte die Lex Mamilia; und die Verordnungen der christlichen Kaiser dehnten dies auch auf die Präscription aus, wie aus den bereits oben (§. 717.) angeführten Verordnungen der Kaiser Theodos und Valentinian erhellet. Ja Kaiser Theodos II. nahm in der *L. un. Cod. Theodos. de actionib. certo tempore finiendis* von der dreyßigjährigen Präscription die Gränzscheidungsklage ausdrücklich aus, und einen andern Sinn können wir auch jetzt der *L. penult. Cod. h. t.* nicht beylegen [81]).

Wird hingegen die Gränzscheidungsklage zugleich auf Restitution eines Stück Landes gerichtet, welches der Beklagte über die Gränzen sich angemaßt haben soll, so findet in diesem Falle, wo die Klage zugleich die Stelle der Reivindication vertritt, allerdings eine Verjährung statt, wenn der Beklagte beweisen kann, daß er sich dreyßig Jahre hindurch

medit. II. VINNIUS select. iuris Quaest. Lib. I. Qu. 34. Joh. Lud. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener practischer Rechtsmaterien. 2. B. Nr. LXVIII. §. 2. S. 232. Thibaut über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 44. S. 126. und Hagemann im Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 164.

81) S. *Alex. And. de* RAMDOHR. de limitum praescriptione. *Goett. 1746.* Sect. III. §. 17. *Io.* MÜNCH de praescript. limitum. *Aug. Trevir. 1751.* und *Car.* SAXE Diss. ad Leg. Mamimiliam. Cap. 5. pag. 22. Anderer Meinung sind *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. und *Io. Ed.* WITTERT in Diss. de praescriptione quinque pedum. Cap. II. §. 2. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. novo Dissertat. iuridic. Belgicar.* Vol. II. Tom. I. pag. 421.

hindurch bestimmter Gränzen bedient, und dasjenige, was der Kläger als sein Eigenthum vindicirt, während dieser Zeit mit Ausschließung des Eigenthümers in ruhigem und ungestörtem Besitz gehabt habe [82]). Nur von diesem Falle kann die *L. ult. Cod. finium reg.* verstanden werden, wo Justinian die Dauer der Gränzscheidungsklage auf dreyßig Jahre beschränkt [83]). Zwar ist diese Verordnung, der Inscription nach, ursprünglich von den Kaisern, Theodos, Arcadius und Honorius gegeben. Allein vergleicht man dieselbe so, wie sie im Theodosianischen Codex *L. 5. h. t.* Lib. II. Tit. 26. befindlich und daraus oben (§. 717.) wörtlich angeführt worden ist, mit der *L. ult. Cod. Iust. h. t.* wo sie so lautet:

Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis, decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere;

so findet sich zwischen beyden Verordnungen eine so wesentliche Verschiedenheit [84]), daß die Interpolation derselben unverkennbar ist, und daher die *L. ult. C. h. t.* so wie sie jetzt lautet, mit vollkommenen Recht dem Kaiser Justinian zugeeignet werden kann. Jedoch ist noch zu bemerken,

1) daß jene Unverjährbarkeit der Klage in dem ersten Falle nur insofern Statt finde, als die actio finium regundo-

82) S. HOPACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3079.

83) S. Thibaut a. a. O. §. 44. S. 129.

84) S. *Iac.* GOTHOFREDI Commentar. ad L. 5. Cod. Theod. fin. regundor. Tom. I. pag. 241. edit. RITTER. u. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. T. II. *Oper.* pag. 236. sq.

gundorum wirklich auf Bestimmung der in Verwirrung und Ungewißheit gerathenen Gränzen geht. Denn insofern sie blos auf persönliche Leistungen gerichtet ist, ist sie ohne Zweifel der Verjährung unterworfen [85]).

2) Insofern die Verjährung bey der Gränzscheidungsklage eintritt, wird nach dem heutigen Gerichtsgebrauche, in Gemäsheit des canonischen Rechts, von Seiten des Beklagten eine bona fides erfordert [86]).

§. 720. und 721.

Rechtliches Verfahren bey der Gränzscheidungsklage.

Bey einer angebrachten Gränzscheidungsklage hat nun der Richter zuvörderst darauf zu sehen, ob sich nicht die alten Gränzen wieder ausmitteln, und zur Gewißheit bringen lassen. Zu dem Ende ist der Kläger verpflichtet, nicht nur die Gegend und Stelle, wo die Gränze streitig ist, deutlich und bestimmt anzugeben, sondern auch den Gränzzug, wie er solchen behauptet, mit möglichster Deutlichkeit zu beschreiben [87]), so wie nicht minder die Mittel, wodurch er die Richtigkeit der von ihm angegebenen Gränze wahr zu machen gedenkt, gehörig anzuzeigen. Wird die Klage münd-

85) *L. 1. §. 1. C. de annali except.* S. *Bruno* CASTENDYK Diss. de eo quod iustum est circa praescriptionem in iudiciis divisoriis. *Goettingae 1792.* Sect. II. §. 7. et 8. und Thibaut a. a. O.

86) S. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. cura *Gmelin.* Tom. III. §. 3080.

87) Hat der Kläger solches in seiner Klageschrift unterlassen, so kann die Klage, wegen ihrer Undeutlichkeit, als unstatthaft von Amtswegen verworfen werden. S. Kleins merkwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät. 1. B. Nr. 40.

mündlich angebracht, so hat der Richter bey der Vernehmung des Klägers auf diese Puncte vorzüglich Rücksicht zu nehmen, und darnach das Klageprotocoll anzufertigen [88]). Zum Beweis der Richtigkeit der angegebenen Gränzen ist der bloße Besitz des Klägers nicht hinreichend [89]), sondern er muß durch Zeugen, Urkunden, Flur- und Gränzbücher, Gränzbeziehungsprotocolle, anerkannte Risse und durch Gränzzeichen geführt werden [90]). Da hier beyde Theile ein gleiches Recht haben, so muß auch der Beklagte, wenn er andere Gränzen angiebt, mit seinen Angaben und Gegenbeweismitteln gehört werden [91]). Folgender Text aus dem Canonischen Rechte verdient hier vorzüglich bemerkt zu werden.

Cap. 3. *X. de probat.* — Ad quod scire debes, so rescribirt **P. Lucius** III. an einen *decanum Cistrensem* in England [92]), quod iudicium finium regundorum tale est, ut in eo utraque persona vices duorum habeat, vide-

88) S. Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 163. S. 291. und vorzüglich die allgemeine Gerichtsordnung für die Preuß. Staaten. 1. Th. Tit. 42. §. 2. ff.

89) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CXIV. medit. 1.

90) S. *Io. Rud.* ENGAU Tract. de librorum, quos Gränz-Lager-Bücher, Flurläufer, Erbbücher und Heberegister dicere solemus, forma, continuatione, renovatione, fideque varia. *Francofurti et Lipsiae 1756. 4.* von Trützschler Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze. 1. Th. S. 434. ff. und Hagemanns Handbuch a. a. O. S. 291.

91) S. GASSER Diss. de iudicio duplici §. 14.

92) So ist mit Böhmer in seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. ad cap. 3. cit. not. 43. statt *Cistrensi Episcopo* zu lesen.

videlicet actoris et rei. Unde hinc inde testes recte produci possunt ad cognitionem iudicis instruendam: quibus examinatis, judex, quos praecellere intellexerit, ad fidem sibi faciendam admittat.

Um die alten Gränzen wieder herzustellen, ist es vorzüglich nöthig, die vorhanden gewesenen Gränzzeichen aufzusuchen. Die Gränzzeichen können von verschiedener Art seyn[93]).

1) In Ansehung der Materie, woraus sie bestehen, sind sie entweder natürliche Gränzen, (*Termini naturales*) z. B. Berge, Hügel, Flüsse, Bäche, u. d. oder künstliche (*Termini artificiales*). Dahin gehören Mahlbäume, welche durch ein eingehauenes Creuz bezeichnet sind, ferner Lochbäume, in welchen ein Loch gemacht ist; hauptsächlich aber Steine, welche zur Bezeichnung der Gränzen gesetzt zu werden pflegen. Diese werden davon Gränzsteine, *lapides finales* s. *terminales*, genennt. Bey diesen ist sowohl auf die äußerliche Beschaffenheit, ob sie nämlich behauen, oder bezeichnet sind, als auf den Platz, wohin nämlich nach den Grundsätzen der Geometrie Steine zu setzen sind, nicht minder auf die innerlichen Merkmale derselben, ob sie nämlich Unterlagen, oder so genannte Eyer haben, Rücksicht zu nehmen[94]).

Diese

93) Man sehe hier HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 3071.

94) S. Joh. Jac. Hock Abhandlungen von Versteinungen, Beschreibungen, Verzeichnungen und Beziehungen der Gränzen zum Gebrauche eines Beamten und Geometers nach angewandten rechtlichen und mathematischen Grundsätzen. Mainz 1789. 8.

Diese Unterlagen können in Glasscherben, Kohlen, Eyerschalen, oder auch kleinen Steinchen bestehen, und werden Steineyer genennt [95]).

2) In Ansehung des Gegenstandes, den sie bezeichnen sollen, unterscheidet man öffentliche und Privatgränzen, je nachdem dadurch die Gränzen öffentlicher oder bloßer Privatrechte bestimmt werden. Zu jenen gehören die Land-Herrlichkeits-Gränzsteine, Gerichtssteine, Geleitsteine, Forst- und Jagdsteine, Flur- und Markungssteine, Weid- und Trottsteine, u. d. Zu den letztern die Güter- oder Acker-Gränzsteine.

3) In Ansehung der Art der Bezeichnung sind sie entweder Haupt- Eck- und Ortsteine, wenn dadurch der Anfang und das Ende eines Bezirks bezeichnet wird. *Lapides principales*, sive *angulares*; oder Läufer, wenn dadurch nicht der Anfang und das Ende, sondern blos der Gränzzug oder die Gränzlinie zwischen den Extremen bezeichnet wird. *Lapides minores*, *lapides secundarii*, *intermedii*, s. *cursores* [96]).

Zur Wiederauffindung der alten Gränzen dienen

1) Urkunden, sowohl privat- als öffentliche, mit Zuziehung der Interessenten verfertigte Urkunden, welche eine genaue Beschreibung der Grundstücke einer gewissen Flur nach ihrer Lage und Flächeninhalt enthalten. Dahin gehören die sogenannten Flurbücher, Lagerbücher, Flur-

95) WERNHER select. Observat. forens. Tom. II. P. X. Obs. 438. BECK Tr. de iure limitum Lib. I. Cap. 5. Obs. 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 3072.

96) S. HILDEBRAND Diss. de diversitate lapidum finalium, und FERRIERE Dictionaire du droit Art. *Bornes*, *Confins*, et *Limites*.

Flurläufer, Erb- Flur- und Gränzbücher [97]), Gränzbeziehungsprotocolle, Steuer- und Zinsregister, u. d. Papinian macht uns hierauf besonders aufmerksam, wenn er *L.* 11. *D. h. t.* sagt: In finalibus quaestionibus *vetera monumenta*, *census* [98]) *auctoritas* ante litem inchoatam ordinati [99]) sequenda est: modo si non varietate successionum, et arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur.

97) Man vergleiche hier vorzüglich die oben Not. 90. angeführte Schrift von Engau.

98) *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. ad Pand. Diss. XI. §. 1. lieset statt census mittelst einer Gemination *ac census*. Wahrscheinlich waren die Worte *monumenta ac census* auf folgende Art abbreviirt *monumentA Census*. Eine gar nicht ungewöhnliche Gemination. Haloander hat *et* eingeschaltet. Unser Cod. Pand. Erlang. lieset hier ganz anders: *In finalibus quaestionibus vetera monumenta sequenda sunt*. Die Worte: *census auctoritas* — *ordinati* fehlen ganz. Unter *census* sind übrigens hier die tabulae censuales, de agrorum finibus publica auctoritate per agrimensores s. finitores confectae, zu verstehen, von deren Form und Auctorität besonders *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 2. (in *Ev.* OTTONIS *Thes. iur. Rom.* Tom. II. pag. 84.) und *Bar.* BRISSONIUS Select. iuris Antiquitat. Lib. IV. cap. 5. handeln. Man vergleiche auch *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pandect. Disput. XXII. Th. 6. pag. 225.

99) Statt *ordinati* will *Elb.* LEONINUS Lib. II. Emendat. cap. 8. nr. 5. *ordinatim* lesen. Ihm stimmt auch *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 1. Cod. Theod. fin. reg. Tom. I. pag. 231. bey, und versteht unter *ordinatim*, ordinibus locorum s. terminis in re praesenti inspectis. Allein mit Recht verwirft diese Emendation *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. XXVII. §. 6.

tur [100]). Dieser Beweis wird im Zweifel dem Zeugenbeweise vorgezogen. **Marcellus** sagt *L.* 10. *D. de probat.* Census et monumenta publica potiora testibus esse, Senatus censuit.

2) Einnehmung des Augenscheins an dem Orte, wo die Gränze streitig ist. (*inspectio ocularis*, *evidentia facti*, *descente sur les lieux*). Diese ist zur Berichtigung der Gränzstreitigkeiten ein so nothwendiges Mittel, die wahren Gränzen aufzufinden, daß ohne dieselbe der Streit nicht füglich entschieden werden kann [1]). Nicht nur **Ulpian** [2]), sondern auch der Kaiser **Constantin** [3]) gedenken daher dieser Ocularinspection ausdrücklich, als ein vorzügliches Mittel die Wahrheit zu erkennen, und Gränzstreitigkeiten zu entscheiden. Eine solche Gränzbesichtigung kann nun vom Richter entweder von Amtswegen, oder auf Ansuchen einer, oder beyder Partheyen angeordnet werden [4]). Wird die Besichtigung von Amtswegen, oder auf Ansuchen beyder Theile erkannt, so müssen beyde Partheyen die Kosten dazu vorschießen. Wird sie aber blos auf Verlangen der einen Parthey verfügt, so trägt diese vor der Hand die Kosten allein [5]). Der sachfällige Theil, welcher nachher in die

100) In den *Basilic.* Tom. VI. Lib. LVIII. Tit. 9. Const. 11. pag. 778. lautet die Stelle so: Εν ταῖς περὶ ὅρων ζητήσεσιν ἀκολουθοῦμεν τῷ κήνσῳ, εἰ μὴ δειχθῇ παρὰ τῶν κτησαμένων ἐναλλαγὴν ἐν τοῖς ἀγροῖς γενέσθαι διὰ προσθήκης ἢ μειώσεως. i. e. *In finalibus quaestionibus censum sequimur, nisi probetur a possessoribus, immutationem in agris, per adjectionem vel detractionem, factam esse.*

1) S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. Band. Nr. XLIV. §. 6. von Globig Versuch einer Theorie der Wahrscheinlichkeit zur Gründung des histor. und gerichtlichen Beweises 2. Th. X. Abschn. §. 2. S. 260. und Mehlens Anleitung zum gerichtlichen Prozeß 1. Th. §. 340. Not. 1.

2) *L. 8. §. 1. D. h. t.* verb. *oculisque suis subjectis locis.*

3) *L. 3. C. eodem.* — Agrimensor ire praecipiatur ad loca; ut patefacta veritate huiusmodi litigium terminetur.

4) S. Mehlen Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. §. 341.

5) HOFACKER Principia iur. civ. Tom. III. §. 3075. lit. B.

die Prozeßkosten verurtheilt wird, muß am Ende ihrem Gegner die von demselben verwendeten Besichtigungskosten wieder erstatten [6]). Die Gränzbesichtigung muß nun von dem Richter, oder einem dazu verordneten Commissar [7]) nicht nur mit Zuziehung beyder streitenden Theile [8]), sondern auch der von ihnen etwa vorgeschlagenen Zeugen, und eines Feldmessers oder Feldgeschwornen an dem streitigen Orte geschehen [9]). Gewöhnlich ist zwar die Citation, die deshalb an beyde über die Gränze streitenden Theile erlassen wird, blos monitorisch [10]). Bleibt also auch einer der beyden Theile aus, so geht die Besichtigung dennoch vor sich [11]). Sie kann aber doch auch zuweilen peremtorisch seyn, wenn die Gegenwart der Partheyen schlechterdings nöthig ist, um die streitigen Stellen und Gränzzeichen anzuweisen [12]). Ueber die Gränzbesichtigung muß hiernächst ein genaues und deutliches Protokoll aufgenommen werden [13]);
es

6) Mehlen a. a. O. Not. 2. S. 451.

7) Von dessen Instruction bey Gränzbesichtigungen handelt ausführlich *Rutg.* RULANT in Tr. de Commissariis P. II. Lib. VI. pag. 206. sqq

8) Ohne geschehene Vorladung der Partheyen verliert die Ocularinspection alle Beweiskraft. WERNHER select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Observ. 234. Gönner im Handbuche des gemeinen Prozesses 2. Bd. Nr. 44. §. 14. *Dav.* SCHEINEMANN Diss. de oculari inspectione §. 46.

9) Die bey Gränzbesichtigungen beyzuziehenden Kunstverständigen werden auch Landschieder, Steinsetzer, Umgänger, oder wie es corrupt ausgedrückt wird, Untergänger genennt. S. SCHEINEMANN cit. Diss. §. 15. WEHNER Observat. pract. v. Umgang. und BRACKENHOFFER Diss. de fin. reg. actione §. 20. Ihre Gleichstellung mit Zeugen macht deren Vereidigung nöthig. S. Gönner a. a. O. §. 15. und 16.

19) Gönner a. a. O. §. 15. lit. D.

11) *L. 3. C. h. t.* S. SCHNEIDERS Vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise §. 509.

12) S. Martins Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses §. 206. Not. c. S. 284. der zweyten Aufl. und LEYSER Meditat. ad Pandect. Specim. CXIV. medit. 2. et 3.

13) Man sehe hier vorzüglich Gönner im angef. Handbuche 2. Bd. Nr. 44. §. 16.

es ist auch nöthig die streitige Gegend und die angegebenen Gränzen durch den Feldmesser in einen getreuen Riß bringen zu lassen, welcher sodann, wenn er von den streitenden Theilen anerkannt worden ist, vollkommene Beweiskraft hat [14]). Sollten etwa schon vorher von den Partheyen Risse übergeben worden seyn, wozu sie bey Gränzstreitigkeiten die Gesetze selbst verpflichten [15]), so müssen diese an Ort und Stelle mit der Sache selbst verglichen, die darin befundenen Mängel verbessert, und im Protokolle sich auf diese Risse unter Beybehaltung der darin gebrauchten Zeichen bezogen werden [16]).

3) Aussagen sachkundiger Zeugen, welche an den streitigen Ort hingeführt werden müssen. Es werden hier auch solche Zeugen zugelassen, die nicht aus eigener Wissenschaft, sondern auch nur darüber deponiren, was sie von andern alten Leuten, die von der Lage des Orts und den streitigen Gränzen Wissenschaft hatten, gehört haben [17]).

4) Bestimmung und Anweisung der Gränzen, welche von demjenigen, der vorheriger Eigenthümer von beyden angränzenden Gütern war, bey dem Verkaufe des einen derselben geschehen ist. Diese entscheidet jetzt über die Bestimmung der wahren Gränze, ohne Rücksicht, ob ehemals die Gränzen anders gewesen sind, oder nicht [18]).

§. 722.

Wie wenn die vorigen Gränzen nicht auszumitteln sind?

Lassen sich die alten Gränzen nicht erweisen, und es ist auch nicht möglich, sie auszumitteln, und in Gewisheit

 zu

14) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3075. pag. 398. in fin.

15) Jüngst. Reichsabsch. v. 1654. §. 51.

16) Gönner a. a. O. §. 16. S. 427.

17) *L. 2. §. 8. D. de aqua et aquae pluv.* CUJACIUS Observation. Lib. III. Obs. 26. RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 14. MYNSINGER Observat. Lib. VI. obs 26. WERNHER Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 37.

18) *L. 12. D. t. t.* Eos terminos, quantum ad dominii quaestionem pertinet, observari oportere fundorum, quos demonstravit is, qui utriusque praedii dominus fuit, cum alterum eorum venderet. Non enim termini, qui singulos fundos separabant,

zu bringen; so können sich entweder die Partheyen über die Bestimmung neuer Gränzen gütlich vereinigen, oder nicht. Im letzten Falle kann der Richter nach seinem billigen Ermessen eine neue Gränze setzen, wobey er denn befugt ist, wenn eine feste Gränzbestimmung auf andere Art nicht bewirkt werden kann, dem einen Theile von dem Grundstücke des Andern, gegen eine verhältnißmäßige Entschädigung, Etwas zuzusprechen [19]).

Es muß jedoch bey der Gränzberichtigung auch dafür gesorgt werden, daß der gesetzliche Zwischenraum wieder hergestellet werde [20]).

Hellfeld zieht aus diesen Prämissen die Folge, daß die Gränzscheidungsklage eine actio bonae fidei und arbitraria sey. Es ist jedoch das eine so wenig, als das Andere außer Zweifel. Man streitet nämlich

a) darüber, ob die Gränzscheidungsklage eine actio bonae fidei oder stricti iuris sey? Das Erstere haben vorzüglich Cocceji [21]) und Marcilius [22]) zu beweisen gesucht. Allein das Letztere behaupten die meisten Rechtsgelehrten [23]) vorzüg-

rabant, observari debent, sed demonstratio adfinium novos fines inter fundos constituere. S. *Corn. van* BYNKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. V. cap. 11. pag. 38.

19) *L. 2. §. 1. L. 3. D. h. t.* Vergl. insonderheit Hagemanns Handbuch des Landwirthschaftsrechts §. 163. S. 292. Not. 9.

20) *L. 13. D. h. t. Io. Frid.* EISENHART Diss. ad L. 13. D. fin. reg. *Helmst. 1761.* 4. und VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 12. und HILDEBRAND Ex. de legitimo praedior. Spatio. *Alt. 1724.*

21) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

22) Ad §. 28. I. de actionib. in *Iani a* COSTA Comment. ad Institut. pag. 548.

23) *Emund.* MERILLIUS in Comm. ad §. 28. I. de act. *Ian. a* COSTA Comm. ad eund. §. verb. *Familiae erciscundae. Ant.* MURETUS ad eund. §. I. de actionib. bey *a* COSTA in Comm. pag. 549. *Io. Iac.* WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disputat. XXII. Th. 5. VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 3047. *Pet. de* GREVE Exercitat. ad Pandect. loca difficilior. Exerc. X. §. 14. und besonders *Nic. Hier.* GUNDLING in Diss. de usu practico actionum bonae fidei et stricti iuris. Cap. I. §. 40.

vorzüglich darum, weil in dem §. 28. *I. de actionib.* wo die actiones bonae fidei angegeben werden, das iudicium finium regundorum nicht mit erwähnt wird, da doch die übrigen beyden Theilungsklagen, nämlich die actio familiae erciscundae und communi dividundo, ausdrücklich angeführt werden. Es scheine also die actio finium regundorum absichtlich weggelassen zu seyn. Ueberdem entspringe diese Klage gewöhnlich aus einem Delict, und könne also schon darum nicht auf Billigkeit Rücksicht genommen werden. Hierzu komme endlich noch, daß vermöge dieser Klage die Früchte dem Kläger erst von Zeit der Litiscontestation an zuerkannt würden. Nun hat zwar Cocceji schon alle diese Gründe hinlänglich beantwortet, es wird sich auch die Richtigkeit seiner Meinung noch in der Folge deutlicher ergeben; da indessen der Streit blos theoretisch ist, indem der römische Unterschied zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris heut zu Tage wegfällt[24]), so will ich mich dabey nicht weiter aufhalten. Eben so wenig sind

b) die Rechtsgelehrten darüber einig, ob die Gränzscheidungsklage eine actio arbitraria sey. **Anton Faber**[25]) hat dies aus vielen Gründen zu erweisen gesucht. Ihm stimmen auch **Broeus**[26]), **Huber**[27]), **Westenberg**[28]), **Emminghaus**[29]), und **Höpfner**[30]) bey. **Voet**[31]), **Greve**[32]), **Wissenbach**[33]) und **Cocceji**[34]) hingegen läugnen dieses.

24) S. GUNDLING cit. Diss. Cap. II. §. 12. sqq. und diesen Commentar 4. Th. §. 310. S. 254. ff.

25) De Errorib. Pragmaticor. P. IV. Decad. XCIV. Err. 1. et 2.

26) Exposition. in Iustin. Institut. Lib. IV. Tit. 6. ad §. Praeterea de actionib. §. 5. pag. 788.

27) Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 8.

28) Princip. iuris sec. ord. Dig. h. t. §. 7.

29) Ad *Cocceji* ius civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 3. not. v. pag. 87.

30) Theor. pr. Commentar über die Institutionen §. 1134.

31) Commentar. ad Pand. h. t. §. 2.

32) Exercitat. ad Pand. loca difficil. Ex. X. §. 14.

33) Exercitat. ad Pand. Disputat. XXII. Th. 5.

34) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

dieses. Versteht man unter einer actio arbitraria eine solche Klage, bey welcher der Richter vorläufig durch sein arbitrium bestimmt, was der Beklagte dem Kläger zu leisten habe, und, wenn diesem Bescheide keine Folge geleistet wird, die härtere condemnatio eintritt[35]; so verdient die erstere Meinung unstreitig den Vorzug, da bey dieser Klage der Ungehorsam die Verurtheilung des Beklagten zur Leistung des Interesse nach sich zieht, welches der Kläger auch eidlich bestimmen kann[36].

§. 723.

Persönliche Forderungen bey dem iud. F. R. Wem steht die Klage zu? Findet die Klage inter socios Statt? iudicium finium regundor. utile.

Die Gränzscheidungsklage geht, außer der Wiederherstellung der wahren Gränzen, auch noch auf andere persönliche Forderungen; nämlich auf Leistung des Interesse, wenn während der Verwirrung ein Theil über seine wahre Gränze geschritten war. In dieser Hinsicht kann sie

I. auf Restitution der Früchte gerichtet werden. Es ist jedoch ein Unterschied zu machen.

1) Von Zeit der Litiscontestation an, müssen dem Kläger alle Früchte restituirt werden, und es ist hier kein Unterschied, der Beklagte sey redlicher oder unredlicher Besitzer. Denn auch der bonae fidei possessor haftet, von dieser Zeit an, für Dolus und Culpa.

2) In Ansehung der vor entstandenem Proceß percipirten Früchte hingegen kommt es darauf an,

a) ob sie noch vorhanden sind. Diese müssen, wie bey der Reivindication, restituirt werden[37].

b) Sind sie hingegen consumirt, so darf sie zwar der redliche Besitzer nicht vergüten; dahingegen können die von dem unredlichen Besitzer gezogenen Nutzungen condicirt werden, wenn sie gleich nicht mehr vorhanden sind. Auf diese Art sind folgende zwey Gesetzstellen zu vereinigen, welche beyde aus **Paulus** *libro 23. ad Edictum* genommen sind[38].

L. 4. §. 2. D. h. t. Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio: nam et culpa et dolus exinde praestantur. Sed ante iudicium percepti non omnimodo[39]) hoc in iudicium venient:

35) §. 31. *I. de act.* S. den 3. Th. dieses Commentars §. 274. S. 611.

36) *L. 4. §. 3. D. h. t. §. 6. I. de offic. iud. L. 22. C. de Rei vindicat.*

37) *L. 22. Cod. de Rei vindic.* verglichen mit *L. 1. D. h. t.* S. HUBERI Praelect. iuris Rom. P. II. h. t. §. 7. v. *Fructibus.* und besonders CASTENDYK Diss. de eo, quod iustum est circa praescript. in iud. divisor. Sect. I. §. 4.

38) S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 4. §. 2. D. h. t. Tom. II. P. II. p. 360. und *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. pag. 236.

39) Wenn JAUCH in Meditat. critic. de Negationib. Pandectar. Cap. XVI. §. 20. Not. pag. 262. Das non omni modo durch *nullo modo* erklärt, so

venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumsit; aut mala fide, et condici oportet [40]).

L. 56. D. Familiae erciscundae. Non solum *in finium regundorum*, sed et familiae erciscundae iudicio, *praeteriti quoque temporis fructus veniunt.*

Unter den *fructus praeteriti temporis* werden hier unstreitig die vor Anstellung der Klage gezogenen Nutzungen verstanden. Wenn nun in der *L. 9. C. eodem.* der Grund, warum auch diese Früchte bey der Erbtheilungsklage berechnet werden müssen, darin gesetzt wird, weil diese Klage eine actio bonae fidei sey, so ist wohl kein Zweifel übrig, daß ein gleiches auch von der Gränzscheidungsklage zu behaupten sey. Denn in Ansehung der nach der Litiscontestation gezogenen Nutzungen ist zwischen actionibus bonae fidei und stricti iuris kein Unterschied [41]).

II. Auf Ablegung der Rechnung wegen der gezogenen Nutzungen, insofern sie dem Kläger zu restituiren sind. Jedoch kann der Beklagte die darauf verwandten Unkosten in Abrechnung bringen, ohne Unterschied, er sey redlicher oder unredlicher Besitzer [42]).

III. Auf Ersatz alles sowohl positiven Schadens, als entzogenen Gewinnes. Denn **Paulus** lehrt ausdrücklich *L. 4. §. 4. D. h. t.* In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit, *quod interest.* Jedoch geht dies hauptsächlich nur auf den unredlichen Besitzer [43]).

Die Gränzscheidungsklage steht übrigens nicht nur den Eigenthümern der angränzenden Grundstücke zu, sie mögen ein vollkommenes oder unvollkommenes, ein bürgerliches oder prätorisches Eigenthum haben; sondern auch andern Realberechtigten, z. B. dem Usufructuar, dem Pfandgläubiger [44]). Ein Pächter hingegen kann diese Klage in eigenem Namen nicht anstellen, weil ihm an dem Pachtgute kein dingliches Recht zusteht. Er kann indessen mandatario nomine des Verpächters klagen, und es wird dazu nicht einmal eine ausdrückliche Vollmacht erfordert, weil er schon dadurch stillschweigend bevollmächtiget ist, daß die gepachtete Sache unter seiner Sorgfalt steht [45]). Der Miteigenthümer hingegen kann diese Klage gar nicht

so ist dies offenbar falsch, wie theils aus dem in den nachfolgenden Worten der *L. 4. §. 2.* angegebenen Unterschiede, theils aus der *L. 56. cit. fam. ercisc.* erhellet.

40) Denn die *condictio ex causa iniusta* oder *sine causa* concurrirt auch mit andern Klagen. *L. 5. D. de except. rei iudic. L. 52. D. Mandati.*

41) S. *Hugon.* DONELLI Tr. de fructibus. Cap. 2. und **Westphals** System der Lehre von den einzelnen Vermächtnißarten und der Erbtheilungsklage §. 786.

42) *L. 1. C. de fructib.* DONELLUS in Commentar. iuris civ. Lib. XX. cap. 7.

43) HUBERI Praelect. iur. Rom. P. II. h. t. §. 7. Verb. *Et eo quod interest.* und CASTENDYK cit. loc.

44) *L. 4. §. 9. D. h. t.* Auch der Emphyteuta, ferner der bonae fidei possessor kann diese Klage anstellen; nicht aber der malae fidei possessor. VOET in Commentar. ad Pand. h. t. §. 6.

45) S. **Schmidts** Commentar 4. Bd. §. 1140.

nicht anstellen, auch eben so wenig dadurch belangt werden, wenn die Gränzen einer, ihm ausschließlich gehörenden Sache, mit der gemeinschaftlichen in Verwirrung gerathen sind; sondern muß sich des iudicii communi dividundo bedienen. **Paulus** läßt uns wenigstens hieran nicht zweifeln, wenn er *L. 4. §. 7. D. h. t.* sagt:

Si communem fundum ego et tu habemus, et vicinum fundum ego solus, an *finium regundorum iudicium* accipere possumus? Et scribit POMPONIUS, *non posse nos accipere:* quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, *sed unius loco habemur.* Idem POMPONIUS, ne utile quidem iudicium dandum dicit, cum possit, qui proprium habeat, vel communem vel proprium fundum alienare, et sic experiri.

Der Grund dieser Entscheidung beruhet nicht, wie **Cujaz** [46]) irrig glaubt, darin, daß zwischen den Miteigenthümern eine solche persönliche Einheit Statt finde, wie zwischen Vater und Sohn; sondern er liegt vielmehr in der Natur der Communion oder des Miteigenthums selbst, vermöge welcher sich das Recht eines jeden an der gemeinschaftlichen Sache theilweise über alle Theile der gemeinschaftlichen Sache pro indiviso erstreckt [47]). Daher lassen sich in fundo communi keine Gränzen denken, sondern diese werden erst durch die Theilung festgesetzt. Darum hat nicht die Gränzscheidungsklage, sondern die actio communi dividundo Statt. Es ist also ein völlig ungegründetes Urtheil, welches **Joh. Alb. Tiecke** [48]) über die bisjetzt noch von allen Theoretikern und Praktikern [49]) vertheidigte Entscheidung des **Pomponius** ausgesprochen hat, daß sie, als der natürlichen Billigkeit, und aller Rechtsanalogie entgegenstreitend, schlechterdings zu verwerfen sey. **Anton Mauritius Nazarius Comitti** [50]) hat ihn deshalb gründlich widerlegt.

Endlich ist noch zu bemerken, daß das iudicium finium regundorum *utiliter* auch angestellt werden kann, wenn die Gränzen gewisser Gerechtigkeiten in Ungewißheit und Streit gezogen worden sind, z. B. die Gränzen eines Gerichtsbezirks, der Jagdgerechtigkeit, des Rechts Präbenden zu ertheilen [51]), u. d. Es kann ferner diese *actio utilis* gebraucht werden, wenn zwischen verschiedenen Handwerkszünften über den Umfang ihrer Befugnisse Streit entsteht [52]).

46) Lib. XXII. Obs. 38.
47) S. des 8. Theils 1. Abth. §. 577. S. 78.
48) Diss. de socio finium regundorum agente. *Göttingae* 1779.
49) VOET Comm. h. t. §. 6. NOODT Comm. h. t. pag. 135. *Henr. a* SUERIN Repetit. Lection. iur. Cap. 21. (Tom. IV. *Thes. Otton.* pag. 38.) FRANZKE Comm. ad Pand. h. t. nr. 14. et 15. ZOESIUS Comm. h. t. nr. 7. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. et ad Eund. EMMINGHAUS not. w. THIBAUT System des P. R. 2. Band. §. 576. u. a. m.
50) Progr. Utrum socius contra socium finium regundorum agere possit? *Fuldae* 1792. 4
51) *Cap. 3. X. de praeb.*
52) S. **Schmidts** Commentar 4. Bd. §. 1189.

Staats-Bibliothek Bamberg

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Mühlenbruch, Christian Friedrich, 1785-1843 / Fein, Eduard

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

Bd.: 10,2

Erlangen 1808

Bamberg, Staatsbibliothek -- Coll.leg.o.101(10#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11439038-9
VD18 10657126-002